Rechtsnatur und Verbindlichkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen,

mit besonderer Berücksichtigung der Bankbedingungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

an der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Mecklenburgischen Landesuniversität Rostock.

Vorgelegt von

Edgar L. Mayerhofer

Referendar aus Naila in Bayern.

L9/30

Rechtsnatur und Verbindlichkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen,

mit besonderer Berücksichtigung der Bankbedingungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

an der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Mecklenburgischen Landesuniversität Rostock.

Vorgelegt von

Edgar L. Mayerhofer

Referendar aus Naila in Bayern.

Referent: Professor Dr. Erich Feine.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Buchdruckerei Thiele, Lippstadt i. W.

Inhalt.

A. Allgemeine Geschäftsbedingungen.

I. Einleitung 7
§ 1 Begriff, rechtspolitische u. wirtschaftliche Bedeutung 8
§ 2 Arten und Inhalt 9
II. Rechtsnatur 17
§ 3 Handelsbrauch, Verkehrssitte, Gewohnheitsrecht . . 18
§ 4 Vertragsantrag, Vertragsbestandteil, Vertrag . . . 22
III. Verbindlichkeit 24
§ 5 Vereinbarung und Unterwerfung 25
§ 6 Veröffentlichung 27
§ 7 Abänderung 30

B. Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken.

I. § 8 Bedeutung, Inhalt und Verbindlichkeit 31
§ 9 Rechtsprechung u. Literatur über d. rechtl. Bedeutung 36
II. Einzelne Klauseln 45
§ 10 Kontokorrentklauseln 46
§ 11 Sicherungsklauseln 57
§ 12 Haftungs-, Depot-, Vollmachtsklauseln 63
§ 13 Selbsteintritt- und Eigenhändlerklausel 68
§ 14 Schiedsgerichtsklausel 70
III. § 15 Ergebnis der Abhandlung 71

Literatur.

Alsberg, Die Haftung des Bankiers f. Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren. Holdheim's Mon. 15/321.
Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs. Stilke 1929.
Bendix, Verkehrssitte und Handelsbräuche. Jur. Woch. 1921/226.
Bernstein, Gesch. Bed. der Banken u. Bankiers u. ihre rechtliche Bedeutung. Bank-Archiv 4/166.
Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853—1860.
Braune, Bankenkartelle und Kartellverordnung. Halle 1929.
Buchwald, Technik des Bankbetriebes. 8. Aufl. 1924.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Auflage 1930.
Creizenach, Der kaufmännische Kontokorrent in seiner rechtlichen Bedeutung, Mainz 1873.
Danz, Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs, Berlin 1909.
„ Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Auflage 1911.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 4. Aufl. 1888.
Dove, Subj. Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung, Handelsbräuche und typische Gesch. Bed. Jur. Woch. 1916/368.
Düringer-Hachenburg, H. G. B. 3. Auflage 1930.
Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts.
Eneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 15.—17. Aufl. 1921.
Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift, amtl. Ausgabe, Berlin 1896.
von Gierke, Handelsrecht 1929, 3. Auflage.
Gieseke, Das Aktienstimmrecht d. Banken, Berlin 1926.
Goldschmidt, System des Handelsrechts, Stuttgart 1891.
Greber, Das Kontokorrentverhältnis, Freiburg u. Leipzig 1893.
Grünhut, Das Recht d. Kontokorrentverkehrs i. sein. Zeitschr. Ba. 3.
Hamelbeck, Begriff, Arten und Verbindlichkeit der A.G.B. Berlin 1930.
von Hartmann, Das Kontokorrentverhältnis nach den Vorschriften des neuen H.G.B Rostock 1903.
Isaac, Das Recht des Spediteurs, Berlin 1928.
Isay-Tschierschky, Kartellverordnung 1925.
Kommentar zum Börsengesetz, herausgegeben v. Zentralverband, Berlin 1909.
Leitner, Bankbetrieb und Bankgeschäfte, 6. Aufl. 1923.
Levy-Riesser, Kontokorrentvertrag, Freiburg 1894.
Liefmann, Kartelle und Trusts, 6. Aufl. 1924.
Müller, Gesch. Bed. der Deutschen Großbanken, 1926.

Müller-Erzbach, Handelsrecht, 2.—5. Aufl. Tübingen 1928.
Neustätter, Kontokorrentbedingungen d. Banken, Stuttgart 1921.
Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz, München 1910.
Obst, Geld-Bank-Börsenwesen 27. Aufl. 1930.
Oertmann, Auslieferungsprovision und Gesch. Bed. Holdheim 25/1.
„ Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914.
Planck, Kommentar z. B.G.B., 4. Auflage 1913—30.
Regelsberger, D. rechtl. Natur der sogen. Gesch. Bed. des Bankiers f. d. Kontokorrentverträge, Bank-Arch. 5/169.
Riesser, Die Deutschen Großbanken u. ihre Konzentration, 1912.
„ Bankdepotgesetz, 5. Auflage 1928.
Schreiber, Handelsbräuche, Mannheim 1922.
Senckpiehl, Allgemeine Gesch. Bed. Wiesbaden 1922.
Sontag, Gesch. Bed. d. Bankiers i. Verkehr m. ihr. Kundsch. B. A. 3/181.
Staub-Koenige, Kommentar z. H.G.B. 12. u. 13. Auflage 1927.
Staudinger, Kommentar z. B.G.B. 9. Aufl. 1925.
Theusner, Kontokorrentvertrag, Halle 1901.
Warneyer, Kommentar z. B.G.B. 2. Auflage 1930.
Mohr, Kontokorrentverkehr, Berlin 1902.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Bank-Archiv, Zeitschrift des Zentralverbandes für das Deutsche Bank- und Bankiergewerbe. (B. A.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (R. G. E.)
Grünhut's Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart.
Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Hanseatische Gerichtszeitung. (Hans. Ger. Z.)
Höchstrichterliche Rechtsprechung in der Jurist. Rundschau. (H. R.R)
Holdheim's Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. (Holdh. Mon.)
Ihering's Jahrbücher des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift. (Jur.Woch.)
Kartellrundschau, Zeitschrift für industrielles Organisationswesen.
Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht. (Leipz.Zeitschr.)
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (R.O.L.G)
Sammlung der Entscheidungen des Reichoberhandelsgerichtes. (R. O.H.G.)
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der oberst. Gerichte.
Soergels Rechtsprechung.
Speditions- und Schiffahrtszeitung. (S.S.Z.)
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.
Warneyer's Rechtsprechung.

A. ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN.

I. Einleitung. [1])

In immer neuen Erscheinungen entwickelt sich das Wirtschaftsleben. So zeigt die Entwicklung im 20. Jahrhundert auf allen Gebieten die Tendenz, jedes Wirken auf eine breitere Grundlage zu stellen und allgemeinverbindlicher zu machen.

Die veränderten wirtschaftlichen Anschauungen gestalten die Unternehmungen um. Die Folgeerscheinung ist ein starkes Anwachsen der Großunternehmungen, bedingt auch durch den Umschlag vom Klein- zum Massenverkehr, wie ja letzterer überhaupt das Kennzeichen der neuzeitlichen Wirtschaft ist.

Wünschenswert wäre nun dieser Entwicklung entsprechend auch eine Anpassung bezw. Umwandlung der Verkehrsregelung im rechtlichen Sinne gewesen. Denn das Recht hat die Aufgabe, die Wirtschaftsregeln zu setzen, und zwar Regeln, die nicht in unveränderlicher Starrheit aus Wohltat zur Plage werden, die vielmehr allen Aenderungen der Wirtschaft gerecht werden.

Es hat sich natürlich das gesetzte Recht, auch mit Rücksicht auf seinen wissenschaftlichen Charakter, nicht so schnell umstellen können. Die Vorschriften unserer Hauptgesetze, des bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuches, stammen aus Zeiten der Herrschaft des Kleinverkehrs und sind demgemäß darauf zugeschnitten. Der Massenverkehr erfordert aber andere Bestimmungen. Natürlich regelt er sich noch nach diesen Gesetzen, es bedurfte aber doch mancher Aenderungen und Ergänzungen des nicht zwingenden Rechts, um dem Geschäftsverkehr im großen Stile gerecht zu werden. Diese Möglichkeit gibt der Grundsatz der Vertragsfreiheit dem Rechtsleben, um sich den Bedürfnissen der Wirtschaft anzupassen.

Besonders kraß zeigt sich die Unzulänglichkeit der geltenden Bestimmungen bei den sogen. Hilfsgeschäften des Handels, den Banken und Verkehrsunternehmungen. Gerade hier, wo es sich in der Regel um ein Kontrahieren eines Unternehmens mit einer Mehrheit handelt, ist eine besondere Geschäftsbehandlung unerläßlich. Möglich ist das mit Rücksicht auf die Verbilligung des Geschäftsverkehrs nur durch Vereinheitlichung und Normung aller einzelnen Geschäftsphasen. Denn die Art und der Umfang eines solchen Groß-

[1]) z. Einleitung siehe: „Das Handelsrecht und die Wirtschaftsentwicklung", Rektoratsrede von Prof. Dr. Gieseke am 28. 2. 1929 an der Universität Rostock. Rost. Universitätsreden Heft 8.

betriebes schließen Individualisierung des Vertragsinhaltes aus, während sie andererseits ein den Verhältnissen des Betriebes angepaßtes besonderes Vertragsrecht unentbehrlich machen. [2]) So tritt zu der geschilderten Entwicklung des Wirtschaftsverkehrs und der Unternehmungen noch etwas anderes, nämlich die Versachlichung der Geschäftsformen. Die Geschäfte sind nicht mehr auf den Einzelfall zugeschnitten. Der Inhalt des Vertrags wird typisch, das Einzelgeschäft wird nach einem Schema abgeschlossen.

Jeder kann sich dann über die voraus festgelegten, gleichbleibenden Vertragsleistungen und Gegenleistungen unterrichten und daraufhin einen Vertrag dieses vorausbestimmten Inhalts im abgekürzten Verfahren schließen.

Besonders extreme Beispiele dieses vereinfachten Vertragsschlusses sind die Automaten, das Lösen einer Fahrkarte, das Einwerfen eines Briefes in den Briefkasten u. a. m.

Dieser voraus festgelegte Vertragsinhalt, meist formularmäßig in mehreren Paragraphen zusammengefaßt, findet sich bei allen Unternehmungen, deren Wirken darin besteht, mit einer Menge von Kontrahenten in gleicher Weise in Geschäftsverbindung zu treten. Diese Reglements haben dann meist den Namen „Allgemeine Geschäftsbedingungen".

Gegenüber den Bedingungen anderer Unternehmungen, die sich lediglich auf Warenerzeugung und reinen Warenumsatz beschränken, besteht eine dringende Notwendigkeit zur Aufstellung von allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Hauptsache bei den schon erwähnten Hilfsgeschäften des Handels, insbesondere den Banken und Verkehrsunternehmungen. Diese können ihren Massengeschäftsverkehr tatsächlich nur dadurch bewältigen, daß sie ihren Geschäften ausnahmslos durchgeführte genormte Geschäftsbedingungen zu Grunde legen.

§ 1.
Begriff, rechtspolitische und wirtschaftliche Bedeutung der A.G.B.

Diese Bedingungen haben nichts mit der Terminologie der Bedingung im B.G.B zu tun. Es sind typische und zusammengefaßte Bestimmungen rechtlicher Natur, die im voraus aufgestellt werden, um das unabänderliche Skelett für künftige Geschäfte zu bilden. Sie sind gewissermaßen die rechtliche Grundlage der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Geschäftskontrahenten. Ihr Inhalt soll der Normalinhalt eines jeden künftigen Vertrages sein.

Allgemein heißen sie, weil sie ausnahmslos gegen jedermann und in jedem Falle zur Anwendung gelangen sollen. Sie müssen demgemäß „allgemein" abgefaßt sein.

Rechtspolitisch haben die allgem. Gesch. Bed. die Bedeutung, einen Rechtsboden zu schaffen für einen Geschäftszweig, der im Gesetz nicht genügende Regelung erfahren hat. Wie schon erwähnt, ist das herrschende Gesetz auf etwas veralteten allerdings gesunden

[2]) Kamm. Ger. in S. S. Z. 1909/196.

Geschäftsverkehr zugeschnitten. Es entspricht daher nicht mehr ganz den Anforderungen der heutigen teilweise krankhaft gesteigerten Wirtschaftstätigkeit.

Diese Entwicklung hat dementsprechend jede Möglichkeit, die das Gesetz der Parteivereinbarung freigibt, ausgenutzt und in ihrem Sinne geregelt. Bei dem Grundsatz der Vertragsfreiheit haben sich damit Aenderungen beinahe in allen Punkten ergeben, die bei einem Vertragsschluß vorkommen können.

Ihr wirtschaftlicher Zweck erfordert im Interesse der Erleichterung und reibungslosen Abwicklung des Geschäftsverkehrs entweder eine Ergänzung der Gesetzesvorschriften durch privatrechtliche Vereinbarungen oder die Ausscheidung einzelner Bestimmungen des dispositiven Rechts, soweit deren Anwendung im Wirtschaftsleben lähmend wirken könnte.

Gerade die Nachkriegszeit mit der gesteigert betonten Rationalisierung forderte direkt eine allgemeine Regelung der ständig wiederkehrenden Phasen des Vertragsschlusses, wie sie die allgem. Gesch. Bed. darstellen. Es kommen in allen Branchen täglich viele Geschäfte mit besonderen Vertragsbestimmungen ähnlichen Inhalts zustande, deren jedesmalige Sonderregelung derartig viel Zeit und Arbeitskräfte erfordern würde, daß dadurch der Geschäftsverkehr maßlos verzögert und vor allen Dingen verteuert würde. Da ist es eine erhebliche Erleichterung, wenn die wiederkehrenden typischen Bedingungen ein für allemal im Voraus festgelegt werden, um den Boden für den Abschluß künftiger Geschäfte vorzubereiten und es dann den Vertragsschließenden zu ersparen, in jedem Einzelfalle erst eine Willensübereinstimmung hinsichtlich der mannigfaltigen einzelnen Bestimmungen herbeizuführen.

Die Gesetzgebung hat sich dieser Entwicklung gegenüber bisher indifferent verhalten. Die Rechtsprechung hat sich, wenn auch zögernd und unter manchen Vorbehalten, der Notwendigkeit der A.G.B. nicht verschließen können.

§ 2.
Arten und Inhalt.

Neben den bereits erwähnten Hilfsgeschäften des Handels finden sich A.G.B. auch in allen anderen Geschäftszweigen. Unternehmen jeder Art und Größe, Kaufleute, Händler, Verbände und Vereinigungen solcher, öffentliche Anstalten, Behörden u. a. m., alle arbeiten mit derartigen allg. Gesch. Bedingungen.

Artunterschiede gibt es einmal je nach dem Ausstellerkreis.

Häufig erscheinen die sogenannten **Unternehmerbedingungen;** d. h. ein Unternehmer ohne Rücksicht auf besondere Bedeutung setzt seinerseits Bedingungen fest, die der Kontrahent (Kunde) gegen sich gelten lassen muß ohne Berücksichtigung seiner Wünsche. Derartige A.G.B. gibt es bei Banken, Versicherungsgesellschaften, einzelnen Händlern, Kommissionären, Lagerhaltern, Transportunternehmern etc. Wesentlich ist diesen Unternehmerbedingungen die einseitige Aufstellung.

Das Konzentrationsbestreben der heutigen Zeit schließt die einzelnen Unternehmer oder Unternehmen der gleichen Branche zu Verbänden (Wirtschaftsverbänden) zusammen. Diese regeln ihre Geschäftsbedingungen gemeinsam; demgemäß gibt es **Verbandsbedingungen,** wie die A.G.B. des Vereins Deutscher Spediteure, die A.G.B. im Deutschen Wein- und Spirituosenhandel, die A.G.B. des Einheitsverbandes des Deutschen Kartoffelhandels, des Eierhandels, der Obst-, Gemüse- und Südfrüchtehändler, des Alteisenhandels etc.

Bei diesen Verbandsbedingungen unterscheidet man wieder einseitig aufgestellte und vereinbarte Bedingungen. Bei den allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen z. B. handelt es sich wie bei manchen anderen Verbandsbedingungen um sogenannte vereinbarte Bedingungen, d. h. die A.G.B sind festgestellt durch Vertreter des jeweiligen Verbandes in gemeinschaftlicher Arbeit mit den Vertretern der Kundenkreise. Dabei sind natürlich nur die Kundenkreise beteiligt, die in irgendwelchen Zusammenschlüssen erfaßt werden können. Alle etwa in Frage kommenden Interessenten, wie z. B. die meisten Privatkunden können naturgemäß nicht zu derartigen Verhandlungen beigezogen werden.

Solche vereinbarten Verbandsbedingungen sind z. B. die allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen (Hamburg 1919) und die allgemeinen Spediteurbedingungen zuerst vom 10. 8. 1927, [3]) dann neu vom 1. 6. 1929. So sind die letzten festgestellt durch Besprechungen zwischen dem Verein Deutscher Spediteure, den Spitzenverbänden von Handel und Industrie und dem Zentralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes unter Zustimmung des Deutschen Industrie- und Handelstages.

Neben diesen von einem Kontrahenten (-Kreise) einseitig oder von beiden Kontrahenten gemeinsam aufgestellten A.G.B. werden solche auch von Dritten und zwar von übergeordneten Dritten, z. B. von Behörden [4]) aufgestellt.

Derartige Bedingungen finden sich vor allem im Börsenverkehr. Sie werden erlassen von den Börsenorganen und enthalten Bestimmungen über die an der Börse abgeschlossenen Geschäfte und über den Geschäftsverkehr überhaupt, insbesondere gemäß § 50,2 Börs. Ges. über den Börsenterminhandel in den für diesen Handel zugelassenen Waren und Wertpapieren. (z. B. Gesch. Bed. für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse).

Diese Börsenbedingungen, die nichts mit der Börsenordnung zu tun haben, tragen meist den Namen **„Börsenusancen".** (z. B. Essen-Düsseldorfer Börsenusancen für den Kuxenhandel)

Alle diese nach Ausstellerkreis verschiedenen Geschäftsbedingungen haben einen weiteren wesentlichen Unterschied in ihrer Wirkung. Ihre Geltung und Verbindlichkeit ist zum Teil sehr verschieden. Es ist verständlich, daß Behördenbedingungen im allgemeinen ohne weiteres verbindlich sind, und vereinbarte Bedingungen leichter verbindlich werden als einseitig aufgestellte Unternehmerbedingungen. Ebenso werden die Geschäftsbedingungen eines klei-

[3]) Isaac, das Recht des Spediteurs, Stilke 1928.
[4]) R. O. H. G. 14/36.

nen, wenig bekannten Unternehmers ausdrücklicherer Zustimmung bedürfen als die eines weit verbreiteten Verbandes.

Die A.G.B. sollen die rechtliche Grundlage bilden für künftige Vertragsschlüsse, soweit das Gesetz keine genügende Regelung bietet. Es gelten daher für den Inhalt der A.G.B. die gleichen Vorschriften wie für die Verträge selbst. Es besteht mit geringen Ausnahmen also auch für die A.G.B. der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Prinzipiell ist daher als Inhalt beinahe alles denkbar, was überhaupt Geschäftsinhalt sein kann. Die Geschäftsbedingungen regeln demgemäß ganz generell die Rechtsbeziehungen, die sich zwischen Unternehmer und Kunden im Lauf einer Geschäftsverbindung entwickeln können. Sie enthalten nicht nur Rechtssätze als Ersatz für nicht genügende gesetzliche Regelung, sondern überhaupt Vorschriften allgemeiner Natur. Der Inhalt muß klar und bestimmt sein. [5])

Im allgemeinen enthalten die Bedingungen neben Bestimmungen prozessualer Natur (Gerichtsstand, Schiedsgericht) in der Hauptsache materielle Klauseln, die zwingendes, dispositives, Gewohnheitsrecht, Handelsbrauch (Verkehrssitte) und schließlich Abmachungen rein vertraglicher Natur zum Inhalt haben können.

Die vom Gesetz für die Vertragsfreiheit gezogenen Schranken gelten in gleicher Weise für die A.G.B; das sind einmal die zwingenden Gesetzesvorschriften, deren Nichtbeachtung die jeweilige Bestimmung ungültig macht. Weitere Grenzen sind gesetzt in den Vorschriften der §§ 134 und 138 B.G.B. Nach § 134 ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt.

§ 134 spricht von Rechtsgeschäften. Allg. Gesch. Bed. als solche sind aber keine Rechtsgeschäfte. Aus dieser Vorschrift läßt sich also für die Aufstellung der A.G.B. und für die A.G.B. selbst keine direkte Grenze ableiten. Erst, wenn auf Grund der A.G.B. Verträge abgeschlossen werden, treten die rechtlichen Folgen des § 134 ein. Enthalten die den Verträgen zu Grunde gelegten A.G.B. dann Verstöße gegen ein gesetzliches Verbot, so zieht das die Nichtigkeit der Verträge nach sich.

Aus § 134 geht aber auch hervor, daß in Verträgen auf der Basis allg. Gesch. Bed. durch diese die dispositiven Gesetzesbestimmungen abgeändert werden können. Dispositive Normen sollen gelten, soweit keine anderweitigen Parteivereinbarungen getroffen sind, sie sollen die fehlenden Parteiwillenserklärungen ergänzen. Da nun in den Verträgen auf der Grundlage der A.G.B. die Parteien durch die A.G.B. ihre Sondervereinbarungen getroffen haben, so ist damit den dispositiven Normen das Geltungsgebiet genommen.

Nach § 138,1 B.G.B. ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Für die Frage der Grenze des § 138 für den Inhalt der A.G.B. gelten die gleichen Erwägungen wie für den § 134. Auch hier bildet die Gesetzesvorschrift nur im übertragenen Sinn eine Schranke, soweit eben Rechtsgeschäfte bezw. Verträge unter Zugrundelegung von A.G.B. abgeschlossen werden.

---

[5]) R. G. E. 42/44.

Wann verstößt nun ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten?[6]) Für die Antwort hierauf ergeben sich 2 engere Fragen:

1. Was heißt Verstoß gegen die guten Sitten?

2. Was ist damit gemeint, daß das Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoßen muß?

Zu 1: Bei der Beurteilung dieser Frage ist ein mittlerer Maßstab anzulegen. Die Sachlage muß so sein, daß unter urteilsfähigen Menschen kein Zweifel darüber herrschen kann, daß es sich um etwas sittlich Verwerfliches handelt. [7]) Entscheidend ist das herrschende Volksbewußtsein, das Sittlichkeitsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Doch kann unter Umständen mit Rücksicht auf die Sittenanschauung eines bestimmten Volkskreises ein höherer Maßstab angelegt werden. [8])

Zu 2: Das Gesetz will damit die Unsittlichkeit nicht von irgendwelchen subjektiven Momenten abhängig machen. Es soll nicht darauf ankommen, ob der, der das Rechtsgeschäft vornimmt, dadurch einen Verstoß begeht, auch sollen der damit verbundene Zweck und die Motive der Vertragsparteien nicht dafür maßgebend sein. Entscheidend ist der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäftes, [9]) das an sich und in sich so beschaffen ist, daß es sich von allen anderen Rechtsgeschäften durch seine Unsittlichkeit unterscheidet. Ausschlaggebend ist nicht, ob die Vornahme des Rechtsgeschäftes unsittlich ist, sondern ob es die Vornahme eines unsittlichen Rechtsgeschäftes ist. [10])

Das kann in verschiedener Weise zutreffen:

1. Die ausbedungene Leistung, d. h. das Tun und Unterlassen ist unsittlich.

2. Der Vertrag über eine an sich sittlich einwandfreie Leistung wird dadurch unsittlich, daß der Schuldner eine rechtlich bindende Verpflichtung dieses Inhalts übernimmt.

An sich liegt in jeder vertraglichen Abmachung eine gewisse Beschränkung der Freiheit des Schuldners: das ist auch in keiner Weise zu beanstanden. Nur darf diese vertragliche Bindung in der Beschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit das zulässige Maß nicht überschreiten. Verträge, die den großen allgemeinen Freiheitsprinzipien des modernen öffentlichen Rechts widersprechen, also der persönlichen Freiheit überhaupt, der Gewissensfreiheit, der Wahlfreiheit, der Koalitionsfreiheit und der Gewerbefreiheit können nichtig sein.

---

[6]) Ehrenberg's Handbuch Band 4,2/1918/S. 171 ff.
[7]) Ehrenberg Siehe 6).
[8]) Enecccerus 15.—17. Aufl. Band 1 S. 480.
Staub-Könige, Anhang zu § 346 Anm. 2
R. G. E. 48/124, 55/373, 63/391, 75/122, 80/221.
[9]) Staudinger, 9. Aufl. § 138 Anm. 3, Planck, 4. Aufl. § 138, I,2. R. G. E. 80/221, 78/263.
[10]) hierüber Ehrenberg a. a. O. and. Mein. z. B. Staub § 346 Anh. Anm. 2, der ausdrücklich subjektive und objektive Momente unterscheidet.

Entscheidend bei der Beurteilung dieser Frage wird vor allen Dingen das Maß und die Dauer der Beschränkung sein. [11])

Wann kann nun ein Vertrag auf der Basis von allgem. Gesch. Bed. gemäß § 138 nichtig sein?

Im allgemeinen ist es den Kontrahenten überlassen, sich den Geschäftsbedingungen zu fügen oder nicht. Wenn aber das große Publikum zur Befriedigung seiner wirtschaftlichen Bedürfnisse nur mit einem bestimmten Kreise kontrahieren kann, da dieser in einem Wirtschaftszweig ein Monopol innehat, und wenn dieser Monopolinhaber in einem für die Wirtschaft unentbehrlichen Gewerbe seine Machtstellung dazu benutzt, den Kontrahenten durch unbillige A.G.B. unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen, dann sind die abgeschlossenen Verträge gemäß § 138 B.G.B. nichtig. [12])

Die Rechtsungültigkeit gemäß § 138 hat also zur Voraussetzung einmal die Monopolstellung des Aufstellers der A.G.B. in einem für die Wirtschaft unentbehrlichen Gewerbe, dann die Ausbeutung dieser Machtstellung in unbilliger Weise.

Hier ist unter dem Ausdruck „Monopol" begrifflich nicht ein solches im Rechtssinn zu verstehen, wie es nur durch Gesetz geschaffen werden kann. Auch die verschiedenen faktischen Monopole (Eisenbahnen, Trusts und Verbände oder Unternehmungen mit monopolähnlicher Stellung) fallen darunter. Dabei wird eine Monopolstellung schon dann angenommen, wenn sich nur der weitaus größte Teil der Unternehmer des betreffenden Gewerbes zusammengeschlossen hat und Aufträge nur zu den von ihnen festgelegten Bedingungen übernimmt. [13]) Es genügt auch, wenn eine derartige Vereinigung alle die Unternehmungen umfaßt, die infolge der Einrichtung ihres Geschäftsbetriebes allein dem Publikum die Gewähr für ordnungsmäßige Erledigung ihrer Aufträge geben und andererseits infolge ihrer pekuniären Situation allein Sicherheit für die Haftung aus etwaiger Verletzung der abgeschlossenen Verträge bieten.

Es ist jeweils zu untersuchen, ob eine derartige Monopolstellung gegeben ist, und ob die Allgemeinheit ungebührlich ausgenützt wird.

An sich gesteht die Rechtsordnung dem wirtschaftlich Stärkeren eine gewisse günstigere Stellung zu, da ja im allgemeinen die Konkurrenz ausgleichend wirkt. Wenn aber die freie Konkurrenz, der normale Regulator der Interessenkonflikte zwischen Unternehmer und Kunden, rechtlich oder tatsächlich ausgeschlossen ist, dann entsteht eine Abhängigkeit, deren Ausnutzung in schrankenlosem Umfang von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden kann.

Die Rechtsprechung hat Mißbräuche der Monopolstellung dann als unbillig und nach § 138 nichtig angesehen, wenn dem Verkehr

---

[11]) Enecceru s, Band I, S. 483.

[12]) Staub a. a. O. kommt zum gleichen Ergebnis, indem er die Nichtigkeit eines auf der Basis von A. G. B. geschlossenen Vertrages infolge einer unsittlichen Bestimmung der A. G. B. aus dem als Ausnahmefall möglichen einseitigen Verstoß gegen die guten Sitten herleitet.

[13]) R. G. E. 102/396, 103/82, 106/388, 115/218.

Bedingungen aufgezwungen werden, die zu Gunsten des Unternehmers eine völlige oder nahezu völlige Aufhebung der vom Gesetz gewollten Verteilung von Rechten und Pflichten im Gefolge hat. [14] Dabei ist, wie schon erwähnt, der jeweiligen Unternehmergruppe eine gewisse Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen Ueberlegenheit nicht zu versagen, soweit sie sich eben in den Grenzen der Billigkeit hält und dem Verkehr nicht unverhältnismäßig große Opfer auferlegt.

Die Entscheidung wird dabei letzten Endes von einer Abwägung der beiderseitigen berechtigten Interessen abhängen. [15] Ausgesprochen ist dies z. B. vom Reichsgericht, [16] wonach die Freizeichnung von jeder Haftung sowie die Beschränkung der Haftung auf einen ganz geringen dem wahren Wert auch nicht entfernt entsprechenden Betrag seitens eines Spediteurs oder Frachtführers dann gegen die guten Sitten verstößt und daher gemäß § 138 nichtig ist, wenn in der Hauptsache alle Spediteure eines Ortes die Aufnahme solcher Bestimmungen in ihren Geschäftsbedingungen vereinbaren und sie somit den auf die Dienste des Spediteurs angewiesenen Kreisen aufzwingen. Hier liegt der Verstoß im Mißbrauch des Monopols, das zeigt das Wort „aufzwingen". Soweit man nicht durch eine wirtschaftliche Notwendigkeit zu einem Vertragsschluß genötigt wird, liegt keine Ausbeutung einer solchen herrschenden Stellung vor, also auch keine Sittenwidrigkeit.

Entscheidend ist die allgemeine Rechtsauffassung und das allgemeine Interesse. Der leitende Gesichtspunkt bei der Beurteilung muß auf die Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls gerichtet sein. Bedingungen, die eben mit dem allgemeinen Interesse in Widerspruch stehen, sind unsittlich und daher nichtig.

Diese Nichtigkeit einzelner Bestimmungen hat grundsätzlich gemäß § 139 B.G.B. die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge. Eine Ausnahme davon läßt das Gesetz dann zu, „wenn anzunehmen ist, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde".

Nun liegt der Fall doch so, daß der Kontrahent natürlich den Vertrag gerade ohne den nichtigen Teil gewollt hat. Dagegen ist dies vom Monopolinhaber kaum anzunehmen, da für ihn gerade die nichtigen Bestimmungen von größter Bedeutung sind (z. B. Haftungsausschluß des Spediteurs).

Demnach trifft die Ausnahme des § 139 2. Halbsatz für diese Fälle nicht zu, da der Wille beider Parteien erforderlich ist, nicht nur der der durch den nichtigen Teil begünstigten Partei. [17]

Für derartig gelagerte Fälle hat sich nun neuerdings Wissenschaft und Praxis dahin ausgesprochen, daß der Wille des Monopolinhabers durch eine für ihn bestehende Kontrahierungspflicht ersetzt werde. [18] Danach besteht für den Monopolinhaber ein Kon-

---

[14]) R. G. E. 99/110, 102/396, 103/82.
[15]) R. G. E. 102/82, 106/386, 113/429, 115/218.
[16]) R. G. in Jur. Woch. 1925/1395.
[17]) R. G. E. 91/359, 99/55.
[18]) Staub-Koenige, § 346 Anm. 17, 35. — Isay, Kontrahie-

trahierungszwang als billigerweise zu fordernder Ausgleich gegenüber dem Ausschluß der grundsätzlich bestehenden Vertragsfreiheit auf Seiten des Publikums.

Daraus folgt, daß trotz der Nichtigkeit einzelner Bestimmungen gemäß § 139, 2. Halbsatz nicht der ganze Vertrag nichtig ist. Es kommt nur die nichtige Bestimmung in Wegfall, dafür treten dann die gesetzlichen Vorschriften. [19])

So ist z. B. Freizeichnung von eigenem Verschulden immer unsittlich, [20]) während freizeichnen von Vorsatz untergeordneter Angestellter auch bei monopolartigen Unternehmungen nicht zu beanstanden ist. [21])

Neben diesen z. T. vielleicht etwas konstruierten Grenzen für den Inhalt von A.G.B. hat der Gesetzgeber noch ausdrückliche Schranken zum Schutz der Allgemeinheit in den Verordnungen gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung vom 2. 11. 1923 gesetzt.

Diese „Kartellverordnung" spricht schon im 1. Paragraphen von allgem. Gesch. Bed.

„Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die . . . Anwendung von Geschäftsbedingungen . . . enthalten, (Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen) bedürfen der schriftlichen Form".

Aus dem Wortlaut dieses Paragraphen geht hervor, daß es sich um eine Regelung der Verhältnisse des jeweiligen Kartells oder dergleichen untereinander handelt. Diese Bestimmung, sowie die auf sie verweisenden weiteren §§ 2—9 haben daher für die vorliegende Untersuchung keine Bedeutung, da es sich hier um das Verhältnis zwischen Unternehmer und freien Kunden handelt.

Lediglich § 10 der Kartellverordnung gibt eine Möglichkeit des Einschreitens gegen die Ausnutzung einer Monopolstellung durch Aufstellung unbilliger Geschäftsbedingungen.

§ 10 hat folgende Voraussetzungen:

1. Es muß sich um Gesch. Bed. eines Unternehmens oder eines Zusammenschlusses solcher (Trusts, Interessengemeinschaften, Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Verbindungen) handeln.

2. Das Unternehmen oder der Unternehmungszusammenschluß muß eine wirtschaftliche Machtstellung einnehmen. Nicht notwendig ist ein absolutes Monopol; es genügt ein relatives Monopol, bei dem aus irgendwelchen Gründen ein erheblicher Teil der Nachfragenden auf den Monopolinhaber angewiesen ist. [22]) Eine solche relative Monopolstellung kann z. B. örtlich beschränkt sein.

---

rungszwang für Monopole in Kart. Rundsch. 1929, Heft 7, S. 373. — Wimpfheimer, Kart. Rundsch. 1929, Heft 1, S. 1 ff. R. G. E. 48/127, 99/109.

---

[19]) Staub-Koenige, § 346 Anm. 17.
[20]) R. G. E. 102/396, 103/83.
[21]) R. G. E. 52/402, 82/266, 99/108.
[22]) Isay-Tschierschky S. 335—Liefmann S. 5—Wertheimer, Leipz. Zeitschr. 1924 S. 684.

3. Es muß eine Ausnutzung der wirtschaftlichen Machtstellung vorliegen. Die Klauseln müssen also objektiv aus der Monopolstellung hervorgehen. Nur Klauseln, deren Durchsetzung lediglich vermöge der Monopolstellung möglich ist, fallen unter die Bestimmung. Subjektiv muß der Monopolinhaber das Bewußtsein haben, seine Machtstellung zur Durchführung der Bedingungen auszunützen. Dies subjektive Moment ist erforderlich. [23])

4. Die A. G. B. müssen geeignet sein, die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl zu gefährden

a) Gefährdung: Erforderlich ist eine unmittelbar drohende ernsthafte Schädigung. [24])

b) Gesamtwirtschaft, Gemeinwohl: Die Bestimmung findet nicht Anwendung bei einzelnen privatrechtlichen Tatbeständen, sondern nur, soweit die Gefahr einer umfassenden Anwendung der Klauseln überhaupt besteht; d. h. wenn konkrete Anzeichen dafür vorhanden sind, daß ihre Anwendung nicht auf Einzelfälle beschränkt bleiben wird. Daraus geht auch hervor, daß es sich hier überhaupt um eine öffentlich rechtliche Norm handelt

c) Geeignet: Die Klauseln müssen unter der Voraussetzung allgemeiner umfassender Anwendung in der Lage sein, das öffentliche Interesse zu gefährden. Dabei ist nicht erforderlich, das schon die einmalige Anwendung eine Gefahr in sich trägt, vielmehr reicht es aus, daß die Gefahr erst eintritt, wenn die Klausel eine gewisse Verbreitung erlangt hat.

- - - Soweit diese Voraussetzungen vorliegen, kann auf Antrag des Reichswirtschaftsministers und gemäß § 16 Kart. Verordn. des Reichsernährungsministers das Kartellgericht die unbillige Bestimmung in den A. G. B. „bestanden". [25])

Die Wirkung dieser bekannt zu machenden Entscheidung ist eine dreifache; sie besteht in:

1. Einem Rücktrittsrecht für bestehende, aber noch nicht voll erfüllte Verträge,

2. der Nichtigkeit künftiger Verträge (ipso jure),

3. der Verhängung von Ordnungsstrafen bei Zuwiderhandlung. (§ 17 K. V.)

Welche Bedeutung hat nun § 10 K. V. neben § 138 B.G.B.?

Die Wirkung ist die gleiche. Ein Vertrag, der unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung geschlossen ist und obendrein noch durch seinen Inhalt das Gemeinwohl gefährdet, verstößt auch gegen die guten Sitten. Er ist daher auch ohne Urteil des Kartellgerichts von vornherein nichtig. [26])

Es bestehen aber doch mehrere Unterschiede.

1. § 138 tritt in Funktion, wenn der einzelne Vertrag sittenwidrig ist; § 10 dagegen kommt erst zur Anwendung, wenn durch wiederholte Anwendung eine Gefährdung des Gemeinwohls eintritt.

---

[23]) Isay-Tschierschky, S. 340 — R. G. R. Komm. § 138,2
[24]) zu 4. vergl. Isay-Tschierschky a. a. O.
[25]) Isay-Tschierschky, S. 342.
[26]) Wertheimer, Leipz. Zeitschr. 24/683 ff.
—Isay-Tschierschky, S. 337.

2. § 138 richtet sich gegen die Gültigkeit des auf Grund von A. G. B. abgeschlossenen Vertrags, also nur übertragen gegen die A. G. B. selbst, während § 10 unmittelbar gegen sie anwendbar ist.

Die Bestimmung des § 10 K. V. ist an sich weiter als § 138 B. G. B., in der Praxis aber von geringerer Bedeutung. Einmal ist zur Anwendung des § 10 das öffentliche Interesse erforderlich, dann finden Einzelfälle gar keine Berücksichtigung, schließlich ist der Weg über den Reichswirtschaftsminister zu einer Entscheidung des Kartellgerichts derartig umständlich und langwierig, daß dieser Schutz gegen rigorose Bedingungen praktisch wenig Bedeutung hat. - - - - -

- - - Hinsichtlich der Aufstellung allg. Gesch. Bed. gelten schließlich noch Sonderbestimmungen für die Versicherungsbedingungen. Das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. 5. 1901 (V. A. G.) verlangt die Aufstellung allgemeiner Versicherungsbedingungen vor Eröffnung des Betriebes. Diese Bedingungen müssen dem Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung oder der sonst zuständigen Aufsichtsbehörde mit dem Antrag auf Erteilung der Betriebserlaubnis eingereicht werden. (§ 4 Abs. 3, Ziff. 2) § 9 V. A. G. setzt fest, welche Bestimmungen die Allg. Versicherungsbedingungen enthalten sollen.

Die Aufsichtsbehörde kann die Konzession verweigern, wenn in den Bedingungen die Interessen der Versicherten nicht hinreichend gewahrt sind. (§ 7, Abs. 1, Ziff. 2) Weiter ist jede Aenderung an die Genehmigung der Aufsichtsbehörde gebunden. (§ 13)

Es ist damit der Aufsichtsbehörde frei Hand gelassen, alles auszuschließen, was mit den Interessen der Versicherungsnehmer nicht vereinbar ist. Es wird nicht nur auf Klarheit und Vollständigkeit, Ausschluß von Zweifeln und Streitfragen, Vermeidung abschreckender Kompliziertheit und Häufung von Klauseln gesehen, sondern namentlich auch die Möglichkeit eröffnet, in bestimmter Weise auf den Fortschritt des Versicherungswesens einzuwirken, eine Ausnutzung der Vertragsfreiheit zu verhindern und einen billigen Ausgleich zwischen den entgegenstehenden Interessen beider Parteien anzustreben. [27])

II. Rechtsnatur der A. G. B.

Vor der Untersuchung der rechtlichen Bedeutung der A. G. B. im Geschäftsverkehr, das schon ein gewisses Tätig- oder Untätigwerden des Gegenkontrahenten einschließt, ist die rechtliche Natur der Bedingungen als solche zu prüfen. Die Aufstellung allein hat nur die Bedeutung, daß der Aufsteller damit die Absicht kundgibt, Geschäfte unter diesen Bedingungen abzuschließen; sie ist also rechtlich bedeutungslos.

---

[27]) Ehrenberg, Band 8,1 1922 S. 83 ff.

§ 3 Handelsbrauch, Verkehrssitte, Gewohnheitsrecht.

Es ergibt sich die Frage, ob diese Bedingungen, die ja schließlich nicht plötzlich willkürlich aus dem Nichts entstanden sind, sondern sich aus der wirtschaftlichen Entwicklung zum großen Teil als notwendig erwiesen haben und zum Teil bereits bestehenden Gebräuchen entsprechen, als Verkehrssitte oder Handelsbrauch oder Gewohnheitsrecht zu betrachten sind.

Die Rechtsordnung erhebt die an sich ethischen Begriffe von „Treu und Glauben" zu Rechtsbegriffen; [28]) bei ihrer Beurteilung ist die Verkehrssitte zu berücksichtigen. (§ 157 B. G. B.)

Das Gesetz gibt damit einen objektiven Maßstab für die Auslegung dieser Begriffe. Maßgebend soll sein die Ansicht aller gerecht und billig Denkenden. Der Richter soll das ganze Verhalten der Geschäftspersonen so deuten, wie es redliche und verständige Menschen unter gleichen Umständen zu meinen pflegen. [29]) Zu Grunde zu legen ist das in dem jeweiligen Kreise übliche Durchschnittsverhalten eines redlichen Mannes. [30])

So erlangt die Verkehrssitte als die aus der Erfahrung zu entnehmende den Verkehr beherrschende tatsächliche Uebung [31]) gemäß §§ 157 und 242 B. G. B. und § 346 H. G. B. bei Unstimmigkeiten als Auslegungsregel gesetzesähnliche Bedeutung.

Sie regelt die Beziehungen der Parteien zueinander neben dem Gesetz und neben dem Rechtsgeschäfte. Sie bildet eben einen durch das Gesetz selbst anerkannten, sowohl das Gesetz wie die Verträge ergänzenden Faktor. [32])

Der Handelsbrauch ist eine species der Verkehrssitte; er ist mit ihr wesensgleich, nur im Anwendungsbereich verschieden, da er allein im Verkehr der Kaufleute untereinander gilt.

Verkehrssitte und Handelsbrauch nehmen im Rechtsleben eine immer stärkere Stellung ein.

„Ihre Bedeutung liegt darin, daß sie das lebendige Leben wiederspiegeln, aus dem das kodifizierte Recht sich ständig erneuert und belebt. Das Recht der Paragraphen ist in seinem innersten Wesen starr und unnachgiebig, es ist konservativ. Hierin liegt seine Stärke, aber auch seine Schwäche; denn es birgt die Gefahr, daß es sich neuen Gedankengängen, neuen Strömungen allzusehr verschließt. Demgegenüber ist der Handelsstand mit seinen Gewohnheiten und Gebräuchen immer ein energischer Vorkämpfer moderner Rechtsbegriffe gewesen, die sich zunächst durch ihre Uebung im Rechtsleben durchsetzen, um später vielfach im geschriebenen Recht aufgenommen zu werden. Um diesen Kampf zwischen dem statischen und dynamischen Prinzip im Interesse der Rechtsbildung und Rechtsprechung fruchtbringend zu gestalten, öffnet das Gesetz

---

[28]) Staudinger, § 157 Anm. 2.
[29]) Eneccerus, Band 1 S. 536.
[30]) Oertmann, Band 1 S. 345.
[31]) R. G. E. 49/162, 55/377, — K. G. i. Jur. Woch ½ 1917/113.
[32]) Düringer-Hachenburg, § 346 Anm. 2.

in den §§ 157 u. 242 B. G. B. und 346 H. G. B. den Handelsbräuchen und Verkehrssitten die Tür." [33])

Ueber die rechtliche Bedeutung des Handelsbrauches (Gemeint ist damit immer auch die Verkehrssitte.) ist man in der Literatur verschiedener Meinung. Allgemein anerkannt ist wohl jetzt, daß Handelsbrauch nicht Gewohnheitsrecht ist; [34]) er ist überhaupt keine Rechtsnorm. [35])

Das Gewohnheitsrecht ist eine außerhalb des Gesetzes bestehende Rechtsquelle; die Rechtsverbindlichkeit des Handelsbrauches dagegen ist **durch** das Gesetz angeordnet. (§§ 157, 242 B. G. B. u. 346 H. G. B.) Es räumt ihm sogar auf rechtsgeschäftlichem Gebiete mehrfach den Vorrang ein vor seinen eigenen dispositiven Vorschriften. Wäre der Handelsbrauch Gewohnheitsrecht, dann bedürfte er im Gesetz gar keiner Erwähnung, da er immer zwingend angewandt werden müßte.

Handelsbrauch gelangt aber nur dann zur Anwendung, wenn die Willenserklärungen der Parteien undeutlich und daher auszulegen oder unvollständig und daher zu ergänzen sind.

Nach Düringer-Hachenburg [36]) ist der Handelsbrauch zwar kein Gewohnheitsrecht; aus den erwähnten Paragraphen sei aber abzuleiten, daß er als Rechtsquelle und zwar als sekundäre anzusehen sei, da er seine Geltung dem Gesetz verdanke. Diese Theorie legt mehr in die gesetzlichen Bestimmungen hinein als tatsächlich gewollt ist. Die Paragraphen selbst erwähnen nichts Derartiges, sie betonen immer nur die Zulässigkeit der Auslegung nach diesen Gesichtspunkten. Bei Beurteilung unklarer Willenserklärungen soll der Richter den Handelsbrauch heranziehen. Eine derartige Uebung ist aber nicht als Rechtsquelle zu bezeichnen. Wäre sie das, dann hätte der Handelsbrauch den Charakter einer Rechtsnorm; und gerade das trifft nicht zu.

Eine andere Theorie [37]) erklärt den Handelsbrauch als fingierten Parteiwillen. D. h., wenn kein ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Parteiwille vorhanden ist, dann soll der Handelsbrauch herangezogen werden. Für diesen Fall wird angenommen, daß die Parteien den Vertrag so gewollt haben, wie es dem allgemeinen Gebrauch nach den jeweiligen besonderen Umständen entspricht. Diese Theorie kommt der Bedeutung der gesetzlichen Bestimmungen wohl am nächsten.

Sind nun die A. G. B. als derartige Handelsbräuche anzusehen?

Wie bereits erwähnt, ist der Handelsbrauch die den Verkehr beherrschende tatsächliche Uebung. Demgegenüber beruht aber die

---

[33]) Meyerstein, Festschrift der Industrie- und Handelskammer Berlin, 1902—1927, S. 31.

[34]) Anders Danz i. Ihr. Jahrb. 38/373, Auslegung 128.

[35]) Enecccerus, a. a. O. S. 89, — Staudinger a. a. O. I 16, Oertmann, Rechtsordnung S. 347, — Schreiber S. 48.

[36]) Dür.-Hach. Band II S. 316, — ablehn. Goldschmidt Handb. d. Handelsr. I Anm. 7, Laband, Zeitschr. f. Handelsr. 17/466 ff.

[37]) Oertman, Rechtsordnung S. 164.

Wirksamkeit der A. G. B. lediglich auf dem Willen dessen, der sie erläßt und dessen, der sich ihnen unterwirft. Sie gelten also nicht allgemein und unbedingt, sondern allein abhängig vom Willen der Parteien.

Am klarsten zeigt sich der Unterschied zwischen den A. G. B. und Handelsbrauch bei dem Ursprung beider.

Quelle der handelsgebräuchlichen Uebung ist in der Mehrzahl der Fälle der Vertrag.[38]) Vertragsübung allein macht aber noch keinen Handelsbrauch. Voraussetzung für die Bildung des Letzteren ist:[39])

1. Durchgehende Zustimmung und Rechtsüberzeugung von Handel und Gewerbe.

2. Der zur Bildung eines Handelsbrauches erforderliche Zeitraum.

Notwendig ist also die Zustimmung beider Teile. Eine Vertragsübung, die auf Widerspruch der Kundschaft stößt, kann deshalb kein Handelsbrauch sein.

Klar grenzt das Reichsgericht[40]) Vertragsübung und Observanz (Handelsbrauch) gegeneinander ab, indem es ausspricht: „Eine Uebung, die ursprünglich durch einen Vertrag veranlaßt ist, kann nur dann zur Bildung einer Observanz führen, wenn im Lauf einer längere Zeit hindurch fortgesetzten Uebung jene anfängliche Veranlassung des Handelns im Bewußtsein der Beteiligten verschwunden und an ihre Stelle die Ueberzeugung, daß die Uebung in Befolgung einer objektiven Rechtsnorm erfolgt, getreten ist."

Diese Voraussetzungen treffen aber im allgemeinen nicht für die A. G. B. zu. Man wird einmal nie von einer gleichmäßigen Uebung eine längere Zeitspanne hindurch sprechen können. A. G. B. ändern sich dauernd je nach Rechtsprechung und Konjunkturschwankung. Dann sind sie häufig einseitig von irgendwelchen Interessenverbänden aufgestellt, oft ohne Berücksichtigung der herrschenden Uebung, fast immer ohne Berücksichtigung der gegnerischen Interessen. Es fehlt also in den meisten Fällen die zustimmende Rechtsüberzeugung der Gegenkontrahenten.[41])

Es ändert daran auch nichts, wenn Handelskammern offiziell A. G. B. als Handelsbrauch anerkennen. Es ist neuerdings in erheblichem Maße üblich geworden, daß Handelskammern für alle Branchen kodifizierte Bedingungen als Handelsbräuche amtlich bekanntmachen. Damit erhalten dann irgendwelche Geschäftsbedingungen durch einen amtlichen Stempel den Charakter von Handelsbräuchen, der ihnen in Wirklichkeit vielleicht garnicht zukommt. Man muß sich nur vorstellen, wie derartige Kodifikationen zustande kommen.[42])

---

[38]) Dove, Jur. Woch. 1916/368.

[39]) R. G. E. 110/47.

[40]) R. G. 24. 9. 1914, Leipz. Zeitschr. 9/120.

[41]) Das gibt auch Dove zu (a. a. O.), daß der Handelsbrauch seine Entstehung häufig einem Obsiegen im gegenseitigen Interessenstreit verdankt, daß für die Annahme daher nicht die übereinstimmende Rechtsüberzeugung gefordert werden kann.

[42]) Schreiber, Handelsbräuche S. 27 ff.

Es kommen Vertreter eines Interessentenkreises zusammen in der Absicht, unter Leitung der Handelskammer die Gebräuche für ihre Branche in ihrem Bezirke festzulegen. Ueber einige Punkte, nämlich bereits bestehende Gebräuche, ist man sich bald einig. Nun will aber jede Gruppe die Gelegenheit wahrnehmen, um für sie günstige Bedingungen in die Kodifikation zu bringen. Es kommt zu Meinungsverschiedenheiten und zu einem Handel der gegenseitigen Interessen. Schließlich siegt der wirtschaftlich Stärkere oder der geschicktere Redner etc. Das Ergebnis ist bestenfalls ein Kompromiß meist aber Sieg des Mächtigeren, jedenfalls ein Resultat, das zu § 346 H. G. B. in Widerspruch steht.

Es liegt darin die Gefahr, daß anstelle des wohlerwogenen Interessenausgleiches sich mehr die Machtansprüche der durch irgendwelche Umstände wirtschaftlich stärksten Partei auf dem Wege des Handelsbrauches allein zur Geltung bringen.

Besonders abzulehnen ist in dieser Beziehung das sogen. „Berliner Verfahren". Von der Handelskammer Berlin im Verein mit der Potsdamer Handelskammer und den Aeltesten der Kaufmannschaft werden methodisch Geschäftsbedingungen ausgearbeitet und veröffentlicht, die dann nach geraumer Zeit (1 Jahr) als Handelsbräuche im Sinn des § 346 herauskommen.[43])

Die Handelskammer spricht offen die Absicht aus, diese Bedingungen später zu Handelsbräuchen zu machen. Sie empfiehlt daher den Interessenten, den Gesch. Bed. weiteste Verbreitung zu geben und sie ihren Abschlüssen regelmäßig zu Grunde zu legen. Man stellt also nicht fst, was Brauch ist, sondern schafft neue Bedingungen mit dem Zweck, sie nach nur einem Jahr als Handelsbrauch zu veröffentlichen.

Es ist wohl unzweifelhaft, daß das, was durch solche Vorgänge zu Handelsbrauch geworden ist, nicht mehr dem Tatbestand des § 346 H. G. B. entspricht. Es ist dies vielmehr ein autonomes Recht der Handelskammern, die praktisch wie Gesetzgeber in ihrem Bezirk wirken und mit dieser Tätigkeit nur vor den zwingenden Gesetzesvorschriften haltmachen.[44])

Solche Handelsbräuche sind keineswegs das was § 346 meint, nämlich kein „gewachsener", sondern ein „gewillkürter" Brauch.[45])

Die Möglichkeit einer Verdichtung der A. G. B. zu Handelsbrauch ist an sich gegeben, wenn auch nicht wahrscheinlich. Voraussetzung dafür ist die tatsächliche, allgemeine, dem Verkehrsbedürfnis entwachsene Uebung während einer längeren Zeitspanne. Aber auch dann ist noch Vorsicht geboten. Es kommt eben darauf an, ob sich ein allseitig gebilligter oden wenigstens widerspruchslos geduldeter Gebrauch entwickelt hat, der kein Mißbrauch ist.[46])

Aus ähnlicher Anschauung heraus sind die von der Handels-

---

[43]) So z. B. Gesch. Bed. f. d. Deutsch. Handel mit Alteisen u. Metallabfällen, — Gebräuche f. d. Berliner Weinhandel, — f. d. Handel m. Papier u. a. m.

[44]) Schreiber, a. a. O. S. 37.

[45]) Schreiber, a. a. O. S. 37.

[46]) Staub-Koenige, § 346 Anm. 7.

kammer Berlin bewerkstelligten Veröffentlichungen der Gesch. Bed. als Handels- und Verkehrsbräuche auf lebhaften Widerstand gestoßen. [47])

Demgegenüber wird trotzdem häufig die Meiung vertreten, daß die Entwicklung zum Handelsbrauch durchaus üblich und sogar die Regel ist. Man beruft sich dabei auf Laband, [48]) der bereits 1872 den Handelsbrauch als die höhere Potenz der Gesch. Bed. bezeichnete. Nach Dove [49]) kommt der Handelsbrauch meist in der Weise zustande, daß ihm formulierte Gesch. Bed. vorhergehen, nach denen eine Zeit lang kontrahiert wird, bis sie Anerkennung der Allgemeinheit als Handelsbräuche finden. In den meisten Fällen soll sogar die Schaffung der A.G.B. in der Hoffnung auf Entwicklung zum Handelsbrauch erfolgen. In letzterem hat er sicher Recht; denn das möchten die Unternehmer wohl gern. Dove läßt sogar die Möglichkeit zu, daß auch ursprünglich durch Zwang durchgesetzte typische Gesch. Bed. sich im Lauf der Zeit einlebend und zur herrschenden Sitte werden können, wenn eine Auflehnung — vielleicht wegen der Aussichtslosigkeit, den wirtschaftlichen Kampf zu bestehen — nicht erfolgt.

Diese Ansicht kann aber aus den oben dargelegten Gründen an dem hier vertretenen Standpunkt nichts ändern.

Die Ablehnung der gesamten A.G.B. als Handelsbrauch schließt aber nicht aus, daß einzelne Bestimmungen tatsächlich Handelsbrauch enthalten können. Eine Kodifikation heißt sogar: „Handelsbräuche und Geschäftsbedingungen im Deutschen Wein- und Spirituosenhandel". Eine saubere Trennung ist mit Rücksicht auf eine umfassende Regelung nicht immer möglich. Es sollte aber diese Vermengung möglichst vermieden werden im Interesse der Uebersicht und des Umfanges der A.G.B.

Wenn die A.G.B. schon keinen Handelsbrauch darstellen, so sind sie erst recht nicht Gewohnheitsrecht, dessen wesentliche Erfordernisse ja noch viel strenger sind als beim Handelsbrauch. Unwahrscheinlich, aber nicht unmöglich ist daher auch eine Entwicklung über den Handelsbrauch zum Gewohnheitsrecht.

§ 4.
Vertragsantrag, Vertragsbestandteil, Vertrag.

Welches ist nun die Rechtsnatur dieser A.G.B. bei ihrer Anwendung bezw. Vereinbarung im Geschäftsverkehr.

Die für sich rechtlich bedeutungslose Zusammenstellung gewinnt erst durch die Zusendung, Einhändigung oder Veröffentlichung gewissen Rechtscharakter. Es könnte darin unter Umständen ein Vertragsantrag liegen, d. h. ein Angebot auf Abschluß eines Vertrages des Inhalts, daß bei zukünftigen Geschäftsabschlüssen die einzelnen Klauseln Inhalt dieser Geschäfte werden sollen.

---

[47]) Schreiber S. 46, Müller-Erzbach, S. 50.
[48]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. 17 S. 466.
[49]) Jur. Woch. 1916/369.

Die Uebersendung der Bedingungen braucht aber nicht die Bedeutung eines Vertragsangebotes zu haben. So ist z. B. die Aushändigung der Versicherungsbedingungen oder die Veröffentlichung der Transportbedingungen in der Regel noch kein Vertragsantrag, sondern nur die Aufforderung, einen Antrag bei dem Unternehmen zu stellen. Denn es fehlt bei diesen A.G.B. die Bestimmtheit bezw. Bestimmbarkeit z. B. der Versicherungssumme oder der zu befördernden Güter.

Im allgemeinen sind die A.G.B. in ihrer Wirkung als Vertragsbestandteil, Vertragsklausel (lex contractus) anzusehen. Rechtsprechung und Literatur [50]) sind sich zum größten Teil darüber einig, daß solche vereinbarten, genehmigten oder unwidersprochenen Bedingungen regelmäßig die Bedeutung haben, bei künftigen Geschäftsabschlüssen ohne weiteres einen Teil des gesamten in den Willen der Vertragsteile aufgenommenen Vertragsinhaltes zu bilden. Sie sollen Vertragsbestandteil für die einzelnen Abschlüsse des jeweiligen Unternehmens mit den Kunden werden. Deutlich wird dieser Charakter der A.G.B. immer wieder vom Reichsgericht betont. Danach enthält die bloße Annahme solcher formularmäßigen Bedingungen nur die Zustimmung zu dem Zweck, dem das Formular zu dienen bestimmt ist, nämlich Bestandteil der demnächst abzuschließenden Verträge zu werden. [51]) Sie ziehen ihre bindende Kraft im Einzelfalle aus der von den Parteien erklärten Willenübereinstimmung, die nur das Besondere hat, daß die Erklärung des beiderseitigen Willens bezüglich der A.G.B. eine stillschweigende ist und nach dem schon im voraus erklärten Willen beider Teile für den Regelfall auch eine stillschweigende sein soll. Die ursprüngliche Vereinbarung über die Geltung der Gesch. Bed. als Vertragsbestandteil stellt hiernach nur eine Auslegungsregel für den zukünftigen Vertragswillen auf. [52])

Es kann die Vereinbarung allg. Gesch. Bed. unter Umständen aber auch eine andere rechtliche Bedeutung haben. Neben ihrem regelmäßigen Zweck, nämlich der Feststellung, unter welchen Bedingungen künftig Geschäfte so abgeschlossen werden sollen, daß diese Bedingungen den Vertragsinhalt bilden, [53]) können sie noch die Bedeutung gewinnen, daß das Einverständnis der Kontrahenten über den Inhalt nicht Auslegungsregel für künftige Abschlüsse aufstellen will, sondern daß das Einverständnis selbst bereits den Abschluß eines selbständigen Vertrages enthalten soll. Das ist z. B. der Fall, wenn in Gesch. Bed. der Banken ein Pfandrecht an sämtlichen Werten des Kunden vereinbart wird, gleichgültig, wie und aus welchem Grunde sie in den Besitz der Bank kommen. [54])

Die Rechtfolgen eines solchen Vertrages können sofort eintreten,

---

[50]) Staub-Koenige, § 346 Anm. 17, Danz a. a. O. S. 67, Senckpiehl, a. a. O. S. 15, Gierke, a. a. O. S. 20.
R. G. E. 58/152, 84/1, R. G. i. B. A. 9/317.

[51]) R. G. 25. 4. 1905 i. B. A. 4/156.

[52]) R. G. E. 84/4,

[53]) R. G. E. 58/152.

[54]) R. G. E. 84/1, R. G. i. Jur. Woch. 1907/849, Staub § 347,17

wenn z. B. bereis bei Vereinbarung der A.G.B. irgendwelche Wertgegenstände sich im Besitz der Bank befinden. Diese mögliche Vertragsnatur eines Teiles der A.G.B. wird auch bereits von der oben erwähnten R.G.E. 84/1 ff. eingeräumt. Danach kann die Vereinbarung von A.G.B. je nach Lage des Falles auch eine andere Bedeutung als nur lex contractus haben. Ein künftige Geschäftsabschlüsse nur vorbereitender Charakter kann ihr insoweit nicht innewohnen, als die Gesch. Bed. oder ein Teil davon zu der Annahme zwingen, daß die Vertragsteile mit dem Zustandekommen eines künftigen, wenn auch stillschweigendenAbschlusses über sie überhaupt nicht mehr gerechnet, vielmehr übereinstimmend angenommen haben, daß auch ohne das Hinzutreten einer neuen Willenseinigung die mit der Festsetzung der A.G.B. beabsichtigten Rechtsfolgen im gegebenen Falle eintreten sollten und eintreten würden. Insoweit hat dann jene Vereinbarung die Natur eines selbständigen Vertrages, dessen Rechtsfolgen unmittelbar, auch ungeachtet einer etwa bestehenden Aenderung des schon gebundenen Willens des Kunden eintreten.

Eine genaue allgemeine Festlegung der rechtlichen Natur der A.G.B. ist nach diesen Untersuchungen unmöglich. Einzig und allein maßgebend bei ihrer rechtlichen Behandlung kann nur der Parteiwille sein. Dieser geht im Zweifel dahin, daß alle Bestimmungen, die ihren Zweck nur als Vertrag erfüllen, als solche gewollt sind; die anderen bleiben eben nur ein Bestandteil des Inhalts der künftigen Verträge.

III. Verbindlichkeit der A.G.B.

Im Mittelpunkt des Fragenkomplexes in Bezug auf die A.G.B. steht die das Wirtschaftsleben am stärksten berührende Frage nach der Verbindlichkeit dieser Bedingungen. Das ist ja der Zweck der A.G.B., im Geschäftsverkehr allgemein bindende Geltung zu haben. Klar ist, daß sie allein durch ihr Bestehen noch nicht ohne weiteres verbindlich sind. Es muß wegen ihres privatrechtlichen Charakters noch etwas hinzukommen, nämlich die Uebereinstimmung der Parteiwillen. Diese allein sind maßgebend für die Verbindlichkeit. Dabei braucht der Parteiwille sich nicht etwa zu gründen auf Kenntnis und Zustimmung der Bedingungen. Es ist gegebenen Falles noch nicht einmal nötig, daß beide oder auch nur eine Partei Kenntnis vom Inhalt der Bedingungen hat. Selbst, wenn beide Kontrahenten keine klaren Vorstellungen von dem Inhalt haben, so werden sie doch Vertragsbestandteile, wenn der Wille darauf gerichtet ist, sie zu Grunde legen. [55])

Die Leichtheit des Verbindlichwerdens ist verschieden. Es kommt einmal darauf an, von wem die Bedingungen aufgestellt sind. Ist es ein weit verbreitetes Unternehmen, so ist die Verbindlichkeit an weneiger Erfordernisse der Bekanntmachung etc. geknüpft als bei einem kleinen Kaufmann, der seinem Geschäftsverkehr auch

[55]) Senckpiehl, allg. Gesch. Bed. S. 15.

A.G.B. zu Grunde legt. Dann sind vereinbarte Bedingungen natürlich eher verbindlich als einseitig aufgestellte.

Voraussetzung der Verbindlichkeit überhaupt ist ein Inhalt, der angemessen ist und ein Kontrahieren des Kunden nicht als ausgeschlossen erscheinen läßt. Offenbar unbillige und unsittliche Bedingungen werden nie verbindlich, an ihre Stelle tritt die gesetzliche Regelung.

Es gibt eine Reihe von Möglichkeiten des Verbindlichwerdens, die sich zum Teil in der Praxis entwickelt haben. So können die A.G.B. verbindlich werden entweder durch Vereinbarung oder Unterwerfung oder Veröffentlichung.

§ 5.
Vereinbarung und Unterwerfung.

Vereinbaren die Parteien ausdrücklich die Geltung der ihnen bekannten A.G.B., so besteht an ihrer Verbindlichkeit für sie kein Zweifel. Die Bedingungen gelten dann für das ganze Geschäftsverhältnis fortlaufend. Nur zu ihrer Außerkraftsetzung bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung.

Wie die Vereinbarung geschieht, ob mündlich oder schriftlich, durch Bestätigung oder Anerkennung, ist gleichgültig. Es genügt, wenn der Kontrahent die Kenntnisnahme ohne ausdrückliche Anerkennung erklärt. In den Worten z. B. „Gesehen" oder „zur Kenntnis genommen" liegt schon die Erklärung, daß er die A.G.B. durchgesehen hat und keinen Widerspruch erheben will. [56])

Die Gleiche Bedeutung wie die Vereinbarung hat die Unterwerfung. Ihr Wesen liegt darin, daß der Kontrahent bei Geschäftsabschluß gegen die ihm vorher ordnungsgemäß bekanntgegebenen Gesch. Bed. keinen Widerspruch erhebt. [57])

Im allgemeinen geschieht die Unterwerfung stillschweigend durch konkludente Handlung. [58]) Sie ist mit wenigen Ausnahmen immer dann anzunehmen, wenn der Vertragsgegner die Bedingungen kennt und bei Vertragsschluß nichts einwendet. Wenn er weiß, daß der andere nur unter diesen Bedingungen abschließen will, so muß er eben bei dem Abschluß des Vertrages Einwendungen machen, wenn er sie nicht gegen sich gelten lassen will. In diesen Fällen, in denen es sich sowieso zumeist um Kaufleute handelt, erfordert es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, daß das Stillschweigen als Einverständnis- und Annahmeerklärung zu werten ist. Wer eben Gesch. Bed. irgendwie entgegennimmt, muß annehmen, daß der Gegner nur unter ihrer Zugrundelegung kontrahieren will. In welcher Weise und wann die Bekanntmachung oder die Bezugnahme der A.G.B. erfolgt, ist verschieden. Sie kann vor, bei und unter Umständen sogar nach Abschluß des Vertrages erfolgen.

---

[56]) R. G. 2. 10. 28 i. H. R. R. 29/29.

[57]) R. G. E. 13/77, 84/1, R. G. i. Leipz. Zeitschrift 1915/705.

[58]) Gleiche Ansicht auch im folg.: Staub, § 346,17 Senckpiehl

Der Unternehmer kann sie vor Vertragsabschluß bekanntgeben, indem er darauf hinweist, daß er nur unter diesen Bedingungen später abschließen will. Wie diese Bekanntmachung erfolgt, ist gleichgültig. Sie kann durch Uebersendung der Gesch. Bed. als Drucksache allein oder mit anderen Drucksachen, Angeboten, als besonderer Aufdruck am Briefkopf oder auf der Rückseite einer Mitteilung oder einer Auftragsnote etc. erfolgen. [59]) Die Wirkung ist die gleiche. [60]) Die A.G.B. werden bei einem künftigen Geschäftsabschluß Bestandteil des Vertrages. Das gilt auch für alle späteren Geschäfte, selbst wenn auf das Angebot kein sofortiger Abschluß erfolgt ist. [61]) Sie gelten sogar als fortwirkend, wenn die Geschäftsverbindung eine Zeit lang unterbrochen war. [62])

Die tatsächliche Kenntnis des Inhalts der Bedingungen ist daher ohne Bedeutung. Der Vertragsgegner muß die Bedingungen gegen sich gelten lassen, auch wenn er ihren Inhalt tatsächlich nicht kennt. Das Kennenmüssen steht in diesem Falle dem Kennen gleich. Voraussetzung dafür ist eine Bezugnahme irgendwelcher Art. Der Kontrahent hat die Pflicht, bei Kenntnis vom Vorhandensein von A.G.B. durch irgendeinen Hinweis, sich mit ihrem Inhalt vertraut zu machen. [63]) Wenn er Geschäftsbedingungen entgegennimmt und ungelesen beiseite legt, so macht er ihren wie auch immer beschaffenen Inhalt zu einem ihm gegenüber verbindlichen. Ausdrücklich wird das wiederholt von der Rechtsprechung betont.

Nach der R.G.E. 13/76 können die Empfänger solcher A.G.B. diese nur dahin verstehen, daß die später abzuschließenden Verträge als in Gemäßheit der im voraus aufgestellten Bedingungen abgeschlossen gelten sollen. Daraus ergibt sich aber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für sie die Verpflichtung, sich mit dem Inhalt der ihnen mitgeteilten Vertragspropositionen bekannt zu machen und diese zu beachten. Denn sie müssen davon ausgehen, daß dies von der anderen Seite erwartet wird und umsomehr erwartet werden darf, als es zur Anwendung der bei jedem Kaufmann vorauszusetzenden Sorgfalt in der Betreibung seines Geschäftes gehört, die ihm gemachten generellen wie speciellen Vertragspropositionen zu prüfen. Die gleiche Forderung stellt das R.G. nochmal deutlich in der Entscheidung vom 12. 1. 1915 [64]) auf. Das Kammergericht [65]) erweitert die Pflicht zur Kenntnisnahme noch dahin, daß der Vertragsgegner die Bedingungen, auf die sich der Unternehmer im Bestätigungsschreiben bezogen, sie aber nicht beigelegt

---

S. 15 ff., Dove, Jur. Woch. 1916/369, Hamelbeck, S. 26 ff.

[59]) R. G. 12. 1. 1915 i. Leipz. Zeitschr. 1915/705.

[60]) R. G. 15. 3. 1924, 4. 11. 1925, Jur. Woch. 1926/1676, Seufferts Archiv 73/1, Hans. Ger. Zeit. 21/24 R. G. E. 122/75.

[61]) R. G. E. 13/77, R. G. i. Hans. Ger. Z. 1917/252.

[62]) R. G. 12. 3. 1927, Jur. Woch. 1927/1467, R. G. i. Hans. Ger. Z. 18/528.

[63]) R. G. E. 58/154, R. G. i. S. S. Z. 1910/67. -- O. L. G. Hamburg i. Hans. Ger. Z. 20/59 u. 21/17.

[64]) Leipz. Zeitschr. 1915/705.

[65]) R. O. L. G. 41/216, K. G. i. S. S. Z. 21/1333.

hat, nachfordern müsse. Das entspreche den im Handelsverkehr üblichen Gebräuchen; tue er das nicht, so sei daraus zu schließen, daß er sich den Bedingungen unterwerfen wolle, ohne Kenntnis vom Inhalt zu nehmen.

Bei Abschluß des Vertrages selbst kann die Bezugnahme auf A. G. B. in jeder Art erfolgen. Sie liegt z. B. auch vor, wenn der Unternehmer dem Kunden bei dem Abschluß eine Auftragskopie übergibt, auf der an deutlicher Stelle, z. B. am Kopf, A. G. B. abgedruckt sind oder auf sie Bezug genommen ist, auch wenn sie dem Kunden unbekannt, ihm auch inhaltlich nicht mitgeteilt sind. Nimmt der Kunde diese Kopie widerspruchslos entgegen, so muß er die Bedingungen gegen sich gelten lassen.[66]) Verbindlich werden also die bei Vertragsabschluß bekanntgemachten oder in Bezug genommenen A. G. B., wenn ohne Widerspruch der Vertrag dann abgeschlossen wird. Auch hier hat das Stillschweigen die gleiche zustimmende, wenn nicht noch stärkere Bedeutung, da Willensübereinstimmung und Vertragsabschluß zusammen fallen.

Unklar ist die Bedeutung der A. G. B., wenn sie erst nach Abschluß des Vertrages dem Gegner bekannt gemacht werden. Oft erfolgt die Bezugnahme auf A. G. B. z. B. erst auf Rechnungen oder Lieferscheinen oder Abholezetteln (Spediteur) nach Abschluß des Vertrages. Ohne Zweifel sind in solchem Falle die Bedingungen für das bereits abgeschlossene Geschäft ohne Bedeutung, abgesehen von nachträglicher ausdrücklicher Einverständniserklärung.[67]) Eines Widerspruches seitens des Kunden bedarf es nicht.[68]) Es ist aber anzunehmen, daß solche nach Vertragsschluß übersandten Bedingungen für künftige Abschlüsse Geltung haben sollen, wenn die Geschäftsverbindung bestehen bleibt.[69]) Maßgebend ist hier wieder der Parteiwille.

§ 6.
Veröffentlichung.

Die häufigste und wichtigste Art der Bekanntmachung der A. G. B. ist die Veröffentlichung. Sie ist für die A. G. B. sogar charakteristisch. Im allgemeinen erfolgt sie durch Versendung gedruckter Rundschreiben, durch Aushang im Geschäftslokal, vor allem durch Bekanntgabe in Zeitungen und Zeitschriften.[70]) Gestützt auf die ständige Rechtsprechung[71]) geht hinsichtlich der Verbindlichkeit der A. G. B. durch öffentliche Bekanntmachung die allgemeine Rechtsauffassung jetzt dahin, daß durch gehörige Bekanntmachung die A. G. B. Bestandteil aller künftigen Verträge werden ohne beson-

[66]) K. G. 15. 12. 1925 i. Jur. Woch. 1926/1676.
[67]) R. G. E. 66/40.
[68]) Titze, Jur. Woch. 1925/780.
[69]) K. G. 29. 1. 1919 i. R. O. L. G. 40/212.
[70]) R. G. E. 109/304.
[71]) O. L. G. Rostock i. S. S. Z. 1915/346, O. L. G. Hamburg i. S. S. Z. 1914/29, K. G. i. S. S. Z. 1919/196, R. G. 22. 10. 1921.

dere Bezugnahme beim einzelnen Geschäftsabschluß.[72]) Der Grund für diese Blankoverbindlichkeit liegt darin, daß Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Verkehrssitte aber verlangt die Geltung veröffentlichter A. G. B., mit denen jeder rechnen muß.[73])

Die Veröffentlichung begründet die Vermutung der allgemeinen Kenntnis. Ob der einzelne tatsächlich Kenntnis erhalten hat, ist gleichgültig. Durch diese Vermutung wird der sonst zu führende Nachweis der Kenntnis seitens des Unternehmers überflüssig. Diese Rechtsregel ist allgemein anerkannt.[74]) Hervorzuheben ist auf Grund der umfassenden Darstellung dieser Frage besonders eine Entscheidung des Reichsgerichtes:[75])

„Allgemein bekannt ist, daß Eisenbahnen, Banken etc. Bedingungen herauszugeben pflegen, und diese ihren Abschlüssen zu Grunde legen. Die Rechtsprechung hat erkannt, daß solche A. G. B. in der Tat für die einzelnen Abschlüsse, selbst wenn sie den Kunden nicht bekannt sind, maßgebend werden können, vorausgesetzt, daß sie ordnungsgemäß **veröffentlicht** worden sind, und wohl auch, daß sie nicht solche Bestimmungen enthalten, die eine freiwillige Unterwerfung von vornherein ausgeschlossen erscheinen lässen und deshalb nicht üblich sind.

Die Art und der Umfang eines solchen Betriebes müssen so sein, daß das Publikum nach dem, was zur Zeit üblich ist, mit dem Bestehen solcher Geschäftsbedingungen rechnen muß. Wenn derartige Bedingungen ohne weiteres jedem aus dem Publikum gegenüber maßgebend sein sollen, so ist zu verlangen, daß sie der Allgemeinheit zur Kenntnis gebracht werden. Das hat durch Anzeige in Zeitungen, die von dem in Betracht kommenden Kreise des Publikums gelesen zu werden pflegen, unter Umständen durch öffentlichen Anschlag an geeigneten Stellen oder dergleichen zu erfolgen. Die Allgemeinheit des Publikums oder des in Betracht kommenden Kundenkreises muß in der Lage sein, von den Bedingungen Kenntnis zu nehmen. Deshalb muß die Veröffentlichung je nach Lage des Falles wiederholt werden, sodaß die Kenntnis der Bedingungen Allgemeingut werden kann. Diesen Erfordernissen genügt ein Anschlag im Geschäftsraum nur dann, wenn anzunehmen ist, daß der Kunde Kenntnis erlangen mußte, wofern er sich ihr nicht entziehen wollte."

Einzelne maßgebliche Gesichtspunkte dieser Entscheidung bedürfen noch weiterer Ausführung. Die Entscheidung spricht von Eisenbahnen, Banken etc. Bei welchen Unternehmungen hat nun eigentlich die Bekanntmachung eine derartige Kraft? Beschränkt sie sich nur auf öffentliche oder große Unternehmungen oder gilt sie für alle, die überhaupt Gesch. Bed. herauszugeben pflegen. Eine prak

---

[72]) Hamelbeck, a. a. O. S. 32, — Schmidt-Rimpler Ehrenberg„ Band 5,1 S. 645, — Staub-Koenige, § 34 Anm. 17.

[73]) Hamelbeck a. a. O.

[74]) R. G. E. 103/85, siehe Entsch. in 71), — Staub-Koenige § 346,17, Senckpiehl, a. a. O. 31.

[75]) R. G. E. 103/85.

ische Abgrenzung dieser Frage ist kaum möglich. Die richtige Antwort gibt wieder die R. G. Entscheidung v. 26. 10. 21.

„Offenbar geht es nicht an, daß ohne Unterschied jeder einzelne Geschäftsmann ohne Rücksicht auf Art und Umfang seines Betriebes sich auf Bedingungen beruft, die er in geeigneter Weise veröffentlicht hat. Das würde eine Verwirrung im Geschäftsleben bedeuten. Die Art und der Umfang eines Betriebes müssen also so sein, daß das Publikum nach dem, was zur Zeit üblich ist, mit dem Bestreben solcher Gesch. Bed. zu rechnen hat. Das ist zweifellos der Fall bei Privateisenbahnen, größeren Banken, Verbänden, Großbetrieben, die insbesondere dem Verkehr dienen und dergleichen. Wie weit darüber hinaus der Kreis zu erweitern ist, ist nach Verkehrsübung zu bemessen, wobei auch örtliche Gewohnheit in Frage kommen kann. Die Grundlage hierfür zu schaffen ist Sache der tatsächlichen Feststellung."

- - - Daß die veröffentlichten Bedingungen nicht Bestimmungen enthalten dürfen, die eine freiwillige Unterwerfung der Kunden von vornherein ausgeschlossen erscheinen lassen, ist nach dem oben Dargestellten selbstverständlich. Maßgebend sind für den Inhalt die Grenzen der Vertragsfreiheit im B. G. B. Darüber hinaus weitere Einschränkungen zu machen, entspricht in keiner Weise dem wirtschaftlichem Zweck der A. G. B. Zudem würde damit dem richterlichen Ermessen weiter Spielraum gegeben werden, was unbedingt eine gerade für den Massenverkehr verderbliche Rechtsunsicherheit nach sich ziehen würde. Rechtssicherheit ist aber schließlich das höchste Ziel der Rechtspolitik.

Was schließlich die Art der verbindlichen Veröffentlichung anbelangt, so ist wesentlich, daß die Allgemeinheit in der Lage sein muß, von den Bedingungen Kenntnis zu nehmen. Die Veröffentlichung muß daher den Kreisen gegenüber vorgenommen werden, die dafür in Betracht kommen. Im allgemeinen wird die Bekanntmachung im Reichsanzeiger und in den großen Tageszeitungen, für kleineren Kreis in den diesbezüglichen Provinz- oder Lokalblättern genügen. Jedenfalls muß sie in allen Zeitungen erscheinen, die von dem in Betracht kommenden Kundenkreis gelesen zu werden pflegen. Ob einmalige oder wiederholte Anzeige erfolgen soll, ist Tatfrage. Ein Anschlag oder Aushang in Büro- und Geschäftsräumen wird meistens nicht genügen, besonders wenn es sich um einen größeren Kundenkreis handelt, von dem ein Teil vielleicht nie die Geschäftsräume betritt. Auf jeden Fall müßte solch ein Aushang deutlich und auffallend angebracht werden.

Eine Veröffentlichung der A. G. B. in den Kodifikationen der Handelskammern, wie es oft zu Unrecht als Handelsbräuche geschieht, wird im allgemeinen genügen.[76]) - - - - -

Börsenusancen sind nicht autonome Rechtssatzung.[77]) Ihre bin-

---

[76]) K. G. 4. 2. 1928 i. Jur. Woch. 1928/1754.

[77]) Ehrenberg, Band 2,1 S. 527, Staub-Koenige, allgem. Einl. Anm. 35 verneint auton. Rechtssatzung, erklärt sie aber als Verkehrssitte. Anderer Meinung Cosack, § 93 (Lehrb. d. Handelsrechts, 12. Aufl.)

dende Kraft resultiert daher nicht aus der Tatsache der börsenamtlichen Festsetzung, sondern aus der Unterwerfung des einzelnen Börsenbesuchers, sobald er an der Börse Geschäfte abschließt. (§§ 51,1 u. 67 Börsengesetz) Dieser Unterwerfungswille braucht nicht extra erklärt zu werden. Von jedem Börsenbesucher wird angenommen, daß er unter Zugrundelegung der ordnungsgemäß festgestellten und bekanntgegebenen Börsenbedingungen abschließen will. Auch hier ruht die Verbindlichkeit auf der Veröffentlichung der A. G. B.

Eine Sonderstellung nehmen in dieser Beziehung die Geschäftsbedingungen der Reichsbahn und Reichspost ein. Die Eisenbahnverkehrsordnung vom 16. 5. 1928, erlassen auf Grund Artikel 91 der Reichsverfassung, und die Postordnung vom 22. 12. 21, erlassen auf Grund der R. V., Art. 88 Abs. 3 (jetzt Reichspostfinanzgesetz vom 18. 3. 24, § 2 Abs 1,1) sind öffentliche Rechtsnormen.[78]) Sie sind daher ohne weiteres für jeden verbindlich.

Aehnliches gilt für die A. G. B., die der Staat bei Zulassung eines Unternehmens vorschreibt. (Versicherungsbedingungen §§ 4 u. 9 V. A. G.) und für die A. G. B. gemeinnütziger Einrichtungen und öffentlich-rechtlicher Verbände. (Krankenhäuser, Sparkassen etc.) Diese Bedingungen werden auch bei Vertragsschluß verbindlich, ohne daß jemand sie zu kennen braucht.[79]) Aber auch diese Bedingungen, die ihre Wirksamkeit aus der Festsetzung kraft behördlicher Anordnung ziehen, werden im allgemeinen gehörig veröffentlicht, was allein schon als Verbindlichkeitsgrund genügen würde.

§ 7.
Abänderung.

Mit dem gleichen Recht, mit dem jemand A. G. B. aufstellen kann, kann er sie auch abändern. An sich ist eine Abänderung unerwünscht und nicht dem Zweck der A. G. B. entsprechend. Es besteht aber doch infolge der Veränderung der Wirtschaftslage, neuer Gesetze, Aenderung der Rechtsprechung manchmal der Anlaß und die Notwendigkeit, die bestehenden A. G. B. der neuen Lage anzupassen.

Es fragt sich nun, ob eine einseitige Abänderung der Gesch. Bed. überhaupt möglich ist. Soweit es sich um Aenderungen von Bestimmungen vertraglicher Natur handelt, muß ein neuer Vertragsschluß erfolgen. Denn nach § 305 B. G. B. ist zur Aenderung eines bestehenden Schuldverhältnisses ein neuer Vertrag erforderlich. Man wird deshalb so konstruieren müssen, daß die Mitteilung der Abänderung die Kündigung des bestehenden Vertrages und zugleich ein neues Vertragsangebot darstellen soll. Setzt der Gegner darauf ohne Widerspruch die Geschäftsbeziehung fort, so liegt darin der stillschwei-

[78]) Ehrenberg, Ba. 4,2 S. 97, Müller-Erzbach, S. 633. Anschütz, R. V. Art. 88,6 verneint Rechtsnorm, bejaht Verwaltungsverordnung u. zwar Anstaltsordnung.

[79]) R. O. H. G. 14/36, Staub-Koenige, § 346 Anm. 17a.

gende Abschluß eines neuen Vertrages. Anders ist es bei Bestimmungen, die nur Bestandteile des künftigen Geschäfts darstellen sollen. Da sie keinen Vertrag bilden, bedarf es auch zu ihrer Aenderung keines neuen Vertrages. Sonst gelten bezügl. der Verbindlichkeit die gleichen Regeln wie bei den A. G. B. selbst. Die Aenderungen müssen in der gleichen Weise bekannt gegeben werden wie die A. G. B., damit der Kundenkreis sich auf demselben Wege darüber unterrichten kann. Der neue Inhalt muß von dem Kunden ausdrücklich oder stillschweigend, meistens durch konkludente Handlung anerkannt werden. Natürlich haben diese Aenderungen nie rückwirkende Kraft.

In der Regel enthalten bereits die A. G. B. eine Klausel, die die Abänderung vorbehält und ihre Wirksamwerden regelt. An diese Bestimmung ist dann der Unternehmer bezgl. der Bekanntmachung gebunden. Ebenso gilt sie dem Kunden gegenüber, weil sie ein Bestandteil der für ihn verbindlichen Gesch. Bed. ist.

B. ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN DER BANKEN.

§ 8.
I. Bedeutung, Inhalt und Verbindlichkeit.

Die Banken sind die Grundpfeiler des Wirtschaftslebens. Von dem regelmäßigen Geschäftsablauf im Bankverkehr hängt die Existenz aller Organe der Wirtschaft ab. Im Interesse der Verkehrssicherheit und der Leistungsfähigkeit im Wirtschaftsleben ist daher ein störungsloses Funktionieren des Bankbetriebes unentbehrlich.

Das Tätigwerden der Banken hat im wesentlichen den Zweck, den Kapitalverkehr zu regeln, d. h. an einer Stelle zeitweise nicht benötigte Gelder anzusammeln und damit Stellen des jeweiligen Bedarfs zu versorgen. Der Zufluß des Geldes zur Bank richtet sich nach dem Kredit, d. h. nach dem Vertrauen, das dem Bankinstitut hinsichtlich der Erfüllung übernommener Verpflichtungen, also insbesondere seiner Zahlungsfähigkeit, entgegengebracht wird. [80]) Dies Vertrauen schwindet aber, wenn sich dauernd im Verkehr der Bank mit ihrer Kundschaft Differenzen und Streitigkeiten ergeben, die die Rechtsprechung je nach Anschauung und Lage des Falles womöglich noch verschieden entscheidet.

Aus dem gleichen Grunde muß die Bank im Interesse ihrer ständigen Liquidität sich weitgehende Sicherungen verschaffen. Es würden bei nur gesetzlicher Sicherung im Hinblick auf die große Zahl der täglich abgeschlossenen Geschäfte die Banken bald zu großen Verlusten kommen, die wiederum die von ihr abhängige Volkswirtschaft im höchsten Maße beeinträchtigen würden. Andererseits sind die in großer Zahl täglich abgegebenen Willenserklärungen den Banken gegenüber kurz gefaßt. Vieles bleibt dabei unerwähnt. Die Ban-

[80]) Obst, Geld-Bank-Börsenwesen S. 206. — Neustätter, Kontokorrentbed. d. Banken S. 1.

ken sind gezwungen, den rechtlichen Verkehr mit ihren Kunden mehr zu spezialisieren durch Festlegung der einzelnen Vertragsbestandteile, aber auch zu generalisieren derart, daß für typisch gelagerte Fälle immer das Gleiche gelten soll. Es erfordert das die Dringlichkeit des Massenverkehrs.

Ein wirtschaftliches Begriffsmerkmal des modernen Bankbetriebes ist seine Vielseitigkeit. Kein Gesetz nimmt Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der Haupt- und Nebengeschäfte. Es fehlen überall die einheitlichen Grundsätze.

Das geltende Recht mit der Funktion, für störungslose Abwicklung der Vorgänge im Wirtschaftsleben Sorge zu tragen, genügt diesen modernen Anforderungen nicht mehr. Die Banken, die eine führende Stellung mit maßgebenden Einfluß auf die Wirtschaft einnehmen, müssen deshalb selbst dafür sorgen, daß sich ihr Geschäftsverkehr auf einer Grundlage abspielt, die sowohl dem Gesetz wie den hohen Anforderungen des Massenverkehrs gerecht wird. Die durch das Gesetz in weitem Umfange zugelassene Vertragsfreiheit kommt diesem Bedürfnis entgegen.

Aus dieser Notwendigkeit heraus haben sich die A. G. B. der Banken entwickelt. Sie sollen neben den gesetzlichen Bestimmungen die rechtliche Grundlage für den Verkehr zwischen Bank und Kunden bilden, um möglichst Streitigkeiten zwischen ihnen zu vermeiden.[81]) So haben alle Banken Gesch. Bed. für die verschiedenen Zweige ihrer Geschäftstätigkeit aufgestellt. Neben den hier zu behandelnden „allgemeinen Geschäftsbedingungen“ [82]) im Verkehr mit der Kundschaft legen die Banken diesem Verkehr auch noch weitere Sonderbedingungen für speziellen Geschäftsverkehr zu Grunde. (Z. B. Bedingungen für den Scheckverkehr, Depositenverkehr, Wertpapierverkehr, Sparkonten, offene Depots, geschlossene Depots etc.)

Außerdem stellen die Banken und Bankenzusammenschlüsse noch Bedingungen auf für den Geschäftsverkehr untereinander. Diese Bestimmungen enthalten zumeist Grundsätze, die die einzelne Bank im Verkehr mit der Kundschaft einhalten soll. (Z. B. Allgemeine Abmachungen der Vereinigungen von Banken und Bankiers, betr. Gebühren, Zinsen, Provisionen etc., Satzungen der Bedingungsgemeinschaft für den Wertpapierverkehr, betr. Mindestprovisionen bei Kommissionsgesch. in Effekten und ausl. Zahlungsmitteln).

Die A. G. B. haben durch den Zwang ihrer Zugrundelegung seitens der Banken im Verkehr mit den Kunden große Bedeutung er-

---

[81]) Buchwald, Technik d. Bankbetriebes S. 187.

[82]) Bei dieser Abhandlung wurden die A. G. B. der deutschen Großbanken benutzt: Deutsche Bank und Diskontogesellschaft, Dresdener Bank, Commerz- und Privatbank, Darmstädter und Nationalbank, Berliner Handelsgesellschaft, Mitteldeutsche Creditbank, Bayer. Hyp.- u. Wechselbank, Bayer. Vereinsbank, Hardy u. Co., Bleichröder, u. a. m.

Sie schließen sich inhaltlich an die Musterbeding. d. Zentralverband. f. d. Deutsch. Bank u. Bankiergewerbe an. Soweit noch Beding. anderer Banken erreichbar waren, wurden keine wesentl. Unterschiede festgestellt.

langt, sodaß bereits die Rechtsprechung anerkennt, daß jeder, der mit einer Bank in Geschäftsverbindung tritt, dies nur auf Grund ihrer A. G. B. tut.[83])

Der Inhalt der A. G. B. ist bei allen Banken ähnlich. In der Hauptsache sind es Bestimmungen über die Art und Weise des Geschäftsverkehrs (Kontokorrent, Rechnungslegung, Verwaltung, Behandlung von Wertpapieren etc.). Daneben enthalten sie Schutzvorschriften für den Bankier, (Pfandrecht, Haftungsbeschränkungen), wie sie sich notwendig aus der Bankpraxis herausgebildet haben.

Soweit der Inhalt offenbar unbillig und unsittlich ist, erlangt er keine Geltung. Es gründet sich dann die Nichtigkeit gem. § 138 B. G. B. auf die unzulässige Ausnutzung einer Monopolstellung der Banken.

Es fragt sich zunächst, ob die Banken überhaupt eine Machtstellung mit monopolartigem Charakter einnehmen. Eine Monopolstellung im gewöhnlichen Sinne ist den Banken nicht beizumessen. Denn einen alles umfassenden Zusammenschluß gibt es nicht. In dem Sinn aber, in dem das Reichsgericht[84]) hinsichtlich dieser Frage eine Monopolstellung verstanden haben will, nämlich dann, wenn sich nur der weitaus größte Teil (nicht alle) der Unternehmer zusammengeschlossen hat und Aufträge nur zu den von ihm festgesetzten Bedingungen übernimmt, ist den Banken Monopolcharakter zuzuerkennen.

Es gibt eine Reihe über- und untergeordneter Zusammenschlüsse im Deutschen Bankgewerbe, die sich die Regelung des Wettbewerbs unter den beteiligten Unternehmungen zur Aufgabe gemacht haben. Sie suchen ihren Zweck dadurch zu erreichen, daß sie ihre Mitglieder an einheitliche Bedingungen im Geschäftsverkehr binden.

Ueber den örtlichen Bankenvereinigungen (ca. 66) und Privatbankvereinigungen (z. B. Vereinigung mitteldeutscher Bankiers, Münchener Bankiervereinigung, Frankfurter Bankiervereinigung, Interessengemeinschaft Berliner Privatbankfirmen etc.) stehen die „Allgemeinen Abmachungen der Vereinigungen der Banken und Bankiers", gen. „A. A." Hinter diesen A. A. steht der „Zentralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes" (e.V.), gegr. am 10. 3. 1901, die Spitzenorganisation des Deutsch. Bankgewerbes. Die A. A. enthalten Festsetzungen über Zinsen und Provisionen im Bankverkehr, denen sich die Bankenvereinigungen innerhalb ihrer lokalen Wirkungskreise zu unterwerfen haben. Die Bestrebungen dabei gehen dahin, für die Mitglieder eine Basis zu schaffen, die die gleiche Wirkung haben soll wie bei Kartellen, wobei in erster Linie an Preiskartelle gedacht ist.

Dem gleichen Zweck dienen die Bedingungsgemeinschaften. Es sind Organisationen der Börsenbankunternehmungen. Auch sie wollen in ihrem Geschäftskreis für den Handel mit Effekten und Devisen möglichst den Wettbewerb ausschalten durch Anwendung gleicher Bedingungen (z. B. bez. Provision).

---

[83]) R. G. i. B. A. 24/456.
[84]) R. G. E. 102/397, 103/82, 106/388, 115/218.

Daß diesen Organisationen Kartellcharakter innewohnt, hat das Kartellgericht in einem Rechtsgutachten [85]) vom 28. 6. 1924 ausgesprochen:

„1. Die Satzungen der Berliner Bedingungsgemeinschaft für den Wertpapierverkehr sind ein Kartellvertrag im Sinn des § 1 der Kart. Verordn.

2. Die „Allgemeinen Abmachungen der Vereinigungen von Banken und Bankiers" sind ein Kartellvertrag im Sinn des § 1 der Kart. Verordn., soweit nachweisbar ist, daß die beim Vertragsschluß beteiligten Vereinigungen auf Grund ihrer Statuten oder besonderer Vollmachten ihre Mitglieder mit Rechtszwang an die A. A. gebunden haben."

Dieser Auffassung des Kartellgerichts entspricht auch die Vorbemerkung zu den A. A.:

„Zweck und Sinn der A.A. ist, angemessene Bedingungen für die Hauptzweige des Bankgeschäftes mit zwingender Wirkung für die angeschlossenen Mitglieder der Bankenvereinigungen festzusetzen, um die nachteiligen Folgen, die ein scharfer und uneingeschränkter Wettbewerb auf die Verdienstmöglichkeiten im Bankgewerbe ausübt, tunlichst auszuschalten und das Bankgewerbe in den Stand zu setzen, die auf ihm lastenden außerordentlichen Unkosten und Abgaben zu tragen. Die strenge und lückenlose Beobachtung der in ihnen zusammengefaßten Bedingungen liegt daher nicht nur im eigenen Interesse, sondern auch im wohlverstandenen Interesse der Allgemeinheit."

Gegen diese Auffassung einer kartellrechtlichen Bindung wenden sich natürlich die Bankkreise. Vor allem bestreitet Bernstein [86]) es mit der Begründung:

„1. Es gibt keinen klagbaren Anspruch auf Füllung.
2. Es gibt keine Vertragsstrafen.
3. Es besteht jederzeitige Austrittsberechtigung."

Diese Versuche, den Kartellcharakter abzulehnen, sind keineswegs als berechtigt anzusehen. Die oben erwähnte Eingangsformel zu den A. A. läßt keinen Zweifel an der Absicht der Organisationen, den Markt monopolisch zu beherrschen. Welche Durchführungsmaßnahmen und Zwangsmittel im einzelnen dazu angewandt werden, ist ohne Bedeutung. Wenn trotz der Absicht keine offiziellen rechtlichen Bindungen bestehen, so ist das nur ein Beweis dafür, wie hoch die wirtschaftlichen und sozialen Bindungen für die Kartelltreue der Mitglieder eingeschätzt werden. [87])

Die oben erwähnten Kartellkonditionen sind in ihrer Gesamtheit eigentlich Preis- und preisbestimmende Bedingungen. Daraus folgt, daß die Konditionskartelle des Bankgewerbes nicht Geschäftsbedingungskartelle, sonder Preis- und Preisbedingungskartelle sind. Daraus wiederum folgt, daß auch die A. G. B. nicht einheitlich festgestellt und angewandt sind.

---

[85]) Gutachten auf Antrag des Reichswirtschaftsministers. B. A. 23/333.
[86]) Gesch. Führer des Zentralverbands, B. A. 23/333.
[87]) Braune, Bankenkartelle.

Lediglich der Zentralverband, die einzige allgemein beruflich und fachliche Interessenvertretung, hat Musterbedingungen für den Geschäftsverkehr mit der Kundschaft aufgestellt. Diese Bedingungen haben zum mindesten in den Mitgliederkreisen mit geringfügigen Unterschieden Anwendung gefunden. Es haben sich aber auch die nicht angeschlossenen Banken zum größten Teil nach diesen Bedingungen gerichtet. Insofern ist dann auch die monopolähnliche Stellung im Sinn des Reichsgerichtes (siehe oben Seite 54) für die Banken zu bejahen.

Die zweite Voraussetzung für die Nichtigkeit aus § 138 B. G. B. ist die Ausbeutung dieser monopolähnlichen Stellung durch unbillige Bedingungen.

Es ist jedoch bereits hier vorwegzunehmen, daß sich zur Zeit in den A. G. B. der verschiedenen Banken kaum Bestimmungen eines derartigen unbilligen Inhalts finden werden. Es gab sicher in den Sturmzeiten der Inflation Abreden, die bei oberflächlicher Betrachtung unbillig erscheinen konnten, so z. B. der Ausschluß der Haftung für Versehen im Ueberweisungsverkehr. In den Zeiten gab es aber keine andere Möglichkeit der Sicherstellung der Banken. Eine Risikoprämie oder eine Erhöhung der Provisionssätze hätte die Kundschaft weit schwerer getroffen und damit die Allgemeinheit geschädigt. Maßgebend ist doch schließlich das Interesse der Gesamtheit, nicht das des Einzelnen.

Die im allgemeinen gleiche Anwendung ungefähr gleichlautender Gesch. Bed. durch alle Banken hat allmählich zu ihrer weitgehenden Anerkennung geführt.

Verbindlich werden die Bedingungen meist durch ausdrückliche Anerkennung oder stillschweigende Unterwerfung. Soweit seitens der Banken irgendwelche Bezugnahme erfolgt ist, genügt wie bei allen A. G. B. die Kenntnis und widerspruchslose meist stillschweigende Unterwerfung durch Abschluß eines Vertrages.[88]) Dabei ist unter Kenntnis nicht das Bekanntsein mit dem Inhalt der A. G. B. zu verstehen; es genügt, wenn dem Kunden überhaupt nur die Existenz solcher Bedingungen mitgeteilt ist. Seine Sache ist es, sich Kenntnis zu verschaffen oder zu widersprechen.[89]) Weiter geht noch eine Entscheidung des L. G. Braunschweig,[90]) wonach jeder Kontrahent wissen muß, daß Großbanken nur auf Grund ihrer A. G. B. abschließen; weiß er das nicht, so muß er es doch gegen sich gelten lassen. Auf mangelnde Geschäftserfahrung kann nicht Rücksicht genommen werden. Aehnlich umschreibt die in dieser Frage zuletzt ergangene Entscheidung des Reichsgerichtes[91]) vom 13. 10. 1928 das Maßgebwerden der A. G. B. Danach muß man je nach Art und Umfang des Betriebes ohne weiteres mit dem Bestehen von Gesch. Bed. rechnen. Selbst Ausländer, die im Inland Geschäfte machen, müssen die Gesch. Bed. einer größeren Bank gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihnen nicht zur Kenntnis gebracht sind. Auf Grund dieser

[88]) R. G. 12. 11. 1909 i. B. A. 9/141, 11. 5. 1910 B. A. 9/317.
[89]) R. O. L. G. 41/216, R. G. E. 58/154, 122/75.
[90]) Jur. Woch. 1922/1510.
[91]) R. G. i. B. A. 28/203.

Entscheidung ist dann durch Rundschreiben folgender Beschluß der Interessengemeinschaft der Berliner Privatbankfirmen unter dem 13. 2. 1929 veröffentlicht worden:

„Das Reichsgericht hat in seinem Urteil vom 13. 10. 1928 der Ansicht Ausdruck gegeben, daß die Kunden von Großbanken mit dem Bestehen von Geschäftsbedingungen ohne weiteres rechnen, sich folglich Kenntnis von ihnen verschaffen und sie jedenfalls gegen sich gelten lassen müssen, während bei anderen Bankfirmen für die Frage, ob das Publikum allgemein mit dem Bestehen von Gesch. Bed. zu rechnen habe, Verkehrsübung und örtliche Gewohnheit maßgebend seien. Die Leitung unserer Gemeinschaft hat sich in der Sitzung vom 11. 2. 1929 mit dieser Stellungnahme des Reichsgerichtes beschäftigt und dabei festgestellt, daß es bei den der Gemeinschaft angehörenden Berliner Bankfirmen seit langem fast ohne Ausnahme üblich ist, den Geschäftsabschlüssen mit der Kundschaft Gesch. Bed. zu Grunde zu legen, welche in ihrem wesentlichen Inhalt mit denen der Großbanken übereinstimmen. Die Leitung hat beschlossen, dies zwecks Aufklärung des Publikums in allgemeine Kenntnis zu bringen."

In der Regel wird diese Frage der Kenntnis und der Bezugnahme der A. G. B. überhaupt keine große Bedeutung haben, da die Banken gewöhnlich vor oder bei Geschäftsabschluß den Kunden ihre A. G. B. aushändigen und sich deren Empfang bezw. Anerkennung bescheinigen lassen. Sie kontrahieren eben nur bei Anerkennung ihrer Bedingungen. Ob sie dazu die Form der Bestätigung oder ausdrücklicher Anerkennung oder nur die Form der Empfangnahme verlangen, ist verschieden. Bedeutung hat diese Unterscheidung nur in stempelrechtlicher Beziehung.

Bei Abschluß eines besonderen Geschäftes auf das die A. G. B. keine Anwendung finden sollen, muß das ausdrücklich vereinbart werden. [92])

§ 9.
Rechtsprechung und Literatur über die rechtliche Bedeutung der A. G. B.

Wenn eine gewisse Einigung hinsichtlich der Verbindlichkeit der A. G. B. erzielt worden ist, so gilt das nicht für die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der A. G. B. Rechtsprechung und Literatur haben sich noch nicht auf einen maßgeblichen Grundsatz einigen können.

Die Rechtsprechung hatte sich mit dieser Frage von zwei Gesichtspunkten aus zu befassen. Einmal hatte sie zu entscheiden, ob die Einverständniserklärung mit den A. G. B. in ihrer Gesamtheit oder nur in ihren einzelnen Bestimmungen stempelpflichtig ist. Dann hatte sie sich weiter mit dem Wirksamwerden der Schiedsgerichtsklausel bei unwirksamen Börsentermingeschäften zu beschäftigen.

[92]) R. G. E. 56/22.

Es liegen also für einen Ueberblick über die höchstrichterliche Judikatur stempel- und zivilrechtliche Entscheidung vor.

1. In einer Entscheidung vom 26. 1. 1899 [94]) beschäftigt sich der 4. Zivilsenat des R. G. mit der Stempelpflicht der A. G. B. einer Berliner Großbank. Die Vorinstanz hatte entschieden, daß die in den A. G. B. enthaltene Verpfändungsklausel nach Tarifstelle 59 des Preuß. Stempelsteuergesetzes (Sicherstellung v. Rechten) stempelpflichtig sei. Das R. G. revidierte diese Entscheidung dahin, daß der in den Gesch. Bed. zum Ausdruck kommende Pfandvertrag als ein Bestandteil des Gesamtvertrages über den Kontokorrentverkehr zu beurteilen sei und keine selbständige Verpflichtungsurkunde darstelle. Es sei also nur der allgemeine Vertragsstempel zu entrichten.

2. Ein Urteil vom 27. 3. 1903 [95]) hatte sich neben der Frage der Stempelpflichtigkeit der Pfandklausel auch mit der der Vollmachtsklausel bezüglich der Vertretung von Aktien in Generalversammlungen zu befassen.

Hier kommt der 7. Zivilsenat zu einer der Entscheidung zu 1 direkt entgegengesetzten Auffassung. Er entschied, daß sowohl für die Vollmachts- wie für die Pfandklausel besondere Stempel neben dem allgemeinen Vertragsstempel zu entrichten seien, da die Gesch. Bed. ein einheitliches Geschäft zwar im wirtschaftlichen aber nicht im Rechtssinne darstellen, und in diesen Gesch. Bed. kein einheitlicher Kontokorrentvertrag zu erblicken sei. Diese beständen vielmehr in einer rein äußerlichen Zusammenfassung einer Anzahl rechtlich untereinander nicht zusammenhängender, für die Abwicklung der verschiedenartigsten Geschäfte gegebener Vorschriften, die nur wirtschaftlich aus dem gemeinsamen Gesichtspunkt betrachtet werden könnten, daß ihre Beobachtung der Bankfirma für alle einzelnen in ihrem Bankbetrieb vorkommenden Geschäfte zweckmäßig erscheinen.

Unerklärlich ist bei dieser Entscheidung, daß dieser Senat nicht eine Entscheidung der vereinigten Zivilsenate, wie es in diesem Falle gemäß § 136 G. V. G. notwendig gewesen wäre, eingeholt hat.

3. Bei dem nächst ergangenen Urteil v. 18. 5. 1904 [96]) hatte sich der 1. Senat aus zivilrechtlichen Gründen mit der rechtlichen Bedeutung der A. G. B. zu beschäftigen.

Die Vorinstanz hatte entschieden, daß die in den Gesch. Bed. enthaltene Schiedsgerichtsklausel einen selbständigen Schiedsvertrag darstelle. Demgegenüber führt das R. G. aus, daß das O. L. G. zu dieser Annahme offensichtlich nur auf Grund einer irrtümlichen Auffassung der rechtlichen Bedeutung sogen. A. G. B. überhaupt und des Inhalts der in Frage stehenden insbesondere gelangen konnte. Solche Bedingungen stellten im Interesse einer Erleichterung des Geschäftsverkehrs im voraus und in typischer Weise die Bedingungen fest, unter welchen der Bankier gewisse Geschäfte zu schließen gewohnt sei. Sie würden in gedruckten Formularen an die Kunden

---

[94]) R. G. i. Jur. Woch. 1899/155.
[95]) R. G. i. Holdh. Monatsschrf. 16/105.
[96]) R. G. E. 58/154.

gegeben und bildeten, wenn demnächst ein Vertragsabschluß erzie
würde, mit ihren Einzelbestimmungen die lex contractus. Sie seie
alsdann für den Vertragsteil bindend, von welchem nach den Grund
sätzen von Treu und Glauben im Verkehr erwartet werden müßte
daß er die gemachten Vertragspropositionen geprüft habe. Darin er
schöpfe sich aber ihre rechtliche Bedeutung. K e i n e s w e g s würd
durch die Annahme und Billigung eines solchen Formulares ei
s e l b s t ä n d i g e r V e r t r a g geschlossen, vielmehr seien jen
Bedingungen lediglich bestimmt und geeignet, Bestandteile der dem
nächst abzuschließenden Verträge zu werden.

4. Die gleiche Auffassung bei der Entscheidung der gleichen zi
vilrechtlichen Frage teilte der 7. Zivilsenat am 25. 4. 1905 [97]) von se
nem sonst vertretenen stempelrechtlichen Standpunkt völlig abwei
chend. Er verwarf das Urteil des K. G., das die Schiedsabrede al
Nebenabrede des durch die Annahme der A. G. B. geschlossene
Kontokorrentvertrages betrachtete. Seine Ansicht begründet er in
Anschluß an die Entscheidung in 3 damit, daß diese bloße Annahm
formularmäßiger Bedingungen noch nicht den Abschluß eines selb
ständigen mit dem Inhalt der Bedingungen sich deckenden Vertra
ges, sondern nur die Zustimmung zu dem Zweck, dem das Formula
zu dienen bestimmt sei, enthalte.

Bez. des Zweckes verweist das Urteil ebenso wie das in 3 au
eine Entscheidung vom 8. 12. 1883 [98]) aus der ganz klar die Verne
nung eines rechtsgeschäftlichen Charakters der Erklärung bezw. de
einzelnen Klauseln hervorgeht. Danach habe die Ausgabe von A. G
B. nur den Zweck, eine besondere Vereinbarung über den Inha
des abzuschließenden Vertrages in jedem Einzelfalle zu vermeide
Die Empfänger einer solchen Mitteilung sollten diese nur dahin ver
stehen, daß die später abzuschließenden Geschäfte als in Gemäßhe
der im voraus aufgestellten Bedingungen abgeschlossen gelten sol
len. Es beruhe danach die Wirkung der A. G. B. nicht auf eine
rechtsgeschäftlichen Erklärung, sondern auf der bloßen Kenntni
vom Inhalt.

5. Bei einer weiteren stempelrechtlichen Entscheidung vom 2
4. 1905 [99]) stellt sich der gleiche 7. Zivilsenat wieder auf seinen al
ten Standpunkt in 2. Er stellt das Vorhandensein eines einheitliche
Kontokorrentvertrages in Abrede und betont die Stempelpflichtig
keit der einzelnen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, auch dann
wenn die Wirkungen dieser Verträge erst in der Zukunft eintreten

6. Undurchsichtig ist eine weitere Entscheidung des 7. Zivil
senates vom 22. 10. 1907. [100]) Auch hier handelt es sich um die Stem
pelpflicht der Pfands- und Vollmachtsbestellung. Die Revision stütz
te sich vor allem darauf, daß es nicht zulässig sei, neben dem erho
benen allgemeinen Vertragsstempel für die einzelnen rechtsgeschäft
lichen Erklärungen noch besonders Stempelgebühren zu erheben, d
jene Rechtsgeschäfte Bestandteile des einheitlichen bereits versteu

[97]) R. G. i. Jur. Woch. 1905/401.
[98]) R. G. E. 13/68.
[99]) R. G. i. B. A. 4/169.
[100]) R. G. i. Holdh. Mon. 17/145.

erten Gesamtvertrages seien. Die Entscheidung verneint die Einheitlichkeit mit der gleichen Begründung wie in 2, schränkt sie aber dahin ein, daß jedenfalls im Sinn des Stempelrechts kein einheitlicher, insbesondere kein einheitlicher Kontokorrentvertrag gegeben sei. Die Entscheidung führt dann weiter aus: „Nimmt man aber selbst mit der Revision an, daß die Gesch. Bed. in ihrer Gesamtheit rechtlich als der Inhalt eines eigenartigen Vertrages etwa eines „Bankiervertrages" anzusehen seien, dessen Anerkennung als eines einheitlichen Rechtsgeschäftes durch die Entwicklung des Verkehrslebens erforderlich geworden sei, so würde dennoch die Stempelpflicht der einzelnen Klauseln bestehen bleiben."

Das R. G. gibt damit scheinbar die Möglichkeit zu, daß dieser eigenartige Vertrag zivilrechtlich als einheitlicher und zwar als „Bankiervertrag" betrachtet werden kann.

7. Einen vermittelnden Standpunkt zwischen der Anschauung des 1. Ziv. Sen. in 3 und der des 7. Ziv. Sen. in 2 u. 5 nimmt eine Entscheidung vom 11. 11. 1913 [101]) ein. Bezüglich des Tatbestandes ist hier hervorzuheben, daß es sich diesmal um die rechtliche Bedeutung der A. G. B. handelt, die dem Kunden während der Gesch. Verbindung ausgehändigt waren. Das Urteil erklärt die Ausführungen des 1. Senats bez. der rechtlichen Bedeutung (kein rechtsgeschäftlicher Charakter der Erklärung) als in der Regel zutreffend. Je nach Lage des Falles könne die Vereinbarung aber auch eine andere Bedeutung gewinnen. Ein künftige Abschlüsse nur vorbereitender Charakter könne ihr insoweit nicht innewohnen, als die Bedingungen oder wenigstens ein Teil zu der Annahme zwängen, daß die Kontrahenten mit dem Zustandekommen eines künftigen wenn auch stillschweigenden Abschlusses über sie überhaupt nicht mehr gerechnet hätten. Die Kontrahenten hätten vielmehr übereinstimmend angenommen, daß auch ohne Hinzutreten einer neuen Willenseinigung die beabsichtigten Rechtsfolgen im gegebenen Fall von selbst eintreten sollten. Insoweit hätte dann jene Vereinbarung die Natur eines selbständigen Vertrages, dessen Rechtsfolgen unmittelbar eintreten würden.

8. Diese Anschauung wird vom 7. Ziv. Sen. auch weiterhin vertreten. Ein Urteil vom 26. 1. 1914 [102]), vom vorigen insofern abweichend als der Beklagte erst Interessent und noch nicht Kunde war, erklärt, daß dieser Umstand nicht geeignet sei, von der sonst vertretenen Rechtsanschauung abzuweichen.

9. Auch in der letzten Entscheidung zu dieser Frage am 2. 10. 1928 [103]) hält der 7. Ziv. Sen. daran fest, daß einzelne Bestimmungen in den A. G. B. durch das bloße Anerkenntnis schon Vertragscharakter annehmen können. Das Anerkenntnis müßte dann aber so gefaßt sein, daß daraus das Einverständnis des Kunden deutlich hervorgehe. Dazu genügten die Worte „Gesehen" und „Zur Kenntnis genommen", denn aus ihnen ginge hervor, daß der Kunde die A.G.B. gelesen habe und keinen Widerspruch erheben wolle.

---

[101]) R. G. E. 84/1 ff.
[102]) R. G. i. Holdh. Mon. 23/148.
[103]) R. G. E 122/75.

Nicht zureichend sei dagegen eine Bescheinigung des Kunden, die Gesch. Bed. nur „empfangen" zu haben. Damit erkläre er sich nicht mit dem Inhalt einverstanden, sondern bestätige nur den Empfang des Formulars. Ein solcher Vermerk beurkunde keine Willenserklärung, sondern lediglich den äußern Vorgang der Empfangnahme. Es sei aber hervorzuheben, daß eine solche Bekundung von rechtlicher Erheblichkeit sein könne insofern, als die Kenntnis der A. G. B. diese für den Kunden der Bank gegenüber verbindlich mache. Da das im Streitfall die Bank zu beweisen habe, so sichere sie sich diesen Beweis durch das erbetene Empfangsbekenntnis. [104]) Die Folge dieses Vorgehens der Bank sei die, daß ein Vertrag eines in den A. G. B. vorgesehenen Inhalts zwischen ihr und dem Kunden nicht mit sofortiger Wirkung zustandegekommen sei, sondern erst bei späteren Abschluß eines Geschäfts durch die stillschweigende Vereinbarung. - - - - -

Bei einem Ueberblick über diese Reichsgerichtsentscheidungen ist auffallend die verschiedene Auffassung je nach stempelrechtlicher oder zivilrechtlicher Behandlung des Falles. Die zivilrechtlichen Entscheidungen 3 und 4 verneinen den rechtsgeschäftlichen Charakter der Einverständniserklärung. Danach kommt nicht sofort mit der Anerkennung, sondern erst bei nachfolgendem Abschluß ein Vertrag zustande, dessen Bestandteil die jeweilige Abrede in den A. G. B. wird. In den stempelrechtlichen Entscheidungen dagegen wird ohne Ausnahme die Möglichkeit eines Vertragsschlusses durch bloßes Einverständnis mit den A. G. B. anerkannt. Die Urteile gehen nur darüber auseinander, ob durch die Annahme der A. G. B. ein Vertrag, alle Bestimmungen umfassend, oder bezüglich der einzelnen in Frage kommenden Klauseln mehrere Verträge geschlossen werden.

Der Grund für die völlig abweichende Auffassung bei zivilrechtlicher Betrachtung gegenüber der immer gleich betonten bei stempelrechtlicher Betrachtung ist darin zu suchen, daß das R. G. in seinen Entscheidungen immer nur eine bestimmte Klausel berücksichtigt hat, deren Bedeutung es dann zu Unrecht verallgemeinerte.

Das R. G. hatte sich bei den zivilrechtlichen Entscheidungen dem Tatbestand nach nur mit der Schiedsgerichtsklausel bei ungültigen Börsentermingeschäften zu befassen. Der Grund für diese den Vertragscharakter verneinenden Entscheidungen ist ersichtlich. Man wollte der unangenehmen Folge entgehen, daß bei Gültigkeit der Schiedsgerichtsklausel ein solches Schiedsgericht ein unklagbares Rechtsgeschäft als gültig behandeln könne. Mit einer derartigen Vereinbarung wäre dann vielleicht die Möglichkeit gegeben, die Absicht des Gesetzgebers, gewissen Geschäften den Schutz ganz oder teilweise zu versagen, zu umgehen.

Es ist unverständlich, wie das R. G. aus dieser einseitigen Betrachtung einer Klausel heraus allgemein die rechtsgeschäftliche Wirkung aller Klauseln bei Annahme der A. G. B. verneinen konnte.

Es ist anzunehmen und zu hoffen, besonders im Hinblick auf die sonst bei stempelrechtlicher Betrachtungsweise gerade entgegen-

---

[104]) R. G. E. 103/85, 109/304.

gesetzte Meinung in den letzten 30 Jahren,[105]) daß das R. G. seinen damaligen Standpunkt bei geeigneter Gelegenheit aufgeben wird.

Zusammenfassend ergibt ein Ueberblick über die Rechtssprechung hinsichtlich der Frage der rechtlichen Bedeutung der A. G. B., daß in der Regel die Bestimmungen den Zweck haben, bei späteren Vertragsschlüssen Vertragsbestandteil zu werden. Daneben gibt es aber Klauseln, die schon mit der bloßen Annahme der A. G. B. Vertragscharakter annehmen.

Es ergibt sich nun die weitere Frage, ob diese Vereinbarung der A. G. B. rechtlich **einen** Vertrag, alle Bedingungen umfassend, oder eine Mehrheit von Verträgen bildet. Hierüber ist sich die Wissenschaft und die Rechtsprechung noch höchst uneinig.

Selbst die Rechtsprechung des R. G. hat bisher beide Anschauungen vertreten. In einer der ersten Entscheidungen der Frage der Rechtsnatur überhaupt (siehe Entscheidung 1) betrachtete es im Gegensatz zu allen späteren Entscheidungen den in den A. G. B. zum Ausdruck kommenden Pfandvertrag als einen Bestandteil des **Gesamtvertrages über den Kontokorrent**verkehr. Danach bildet die Vereinbarung der A. G. B. rechtlich **einen** Vertrag. Unklar ist allerdings, was das R. G. unter diesem Gesamtvertrag über den Kontokorrentverkehr verstanden haben will. Meint es damit einen Kontokorrentvertrag im Sinne des § 355 H. G. B. oder einen Vertrag, der die gesamten Geschäftsbeziehungen zwischen Kunden und Bank regeln soll?

In der Literatur ist diese Frage mehrfach mit verschiedenem Ergebnis behandelt worden.

Bernstein[106]) knüpft an die oben erwähnten R. G. Entscheidungen an. Er stellt ihnen gegenüber den Grundsatz auf, daß die zivil- und steuerrechtliche Behandlung der Erklärung des Kunden verschieden ist, je nach dem ihr ein rechtsgeschäftlicher Charakter zukommt oder nicht, daß derselbe ihr eigen sein kann, aber nicht eigen zu sein braucht, und daß dafür, ob sie ihn besitzen soll oder nicht, ganz allein der Wille der Parteien maßgebend ist. Geht der Parteiwille demnach dahin, sich durch die Anerkennung der Bedingungen noch nicht rechtsgeschäftlich zu binden, indem er nur die Empfangnahme erklärt, so gewinnen die Gesch. Bed. erst mit Abschluß der Einzelgeschäfte vertraglichen Charakter. Die Parteien können aber auch bei Einverständniserklärung mit den Bedingungen seitens des Kunden ihrem Inhalt durch übereinstimmenden Willensentschluß eine noch stärkere Kraft zu verleihen beabsichtigen, nämlich die eines selbständigen Vertrages, gleichsam eines Grundgesetzes dazu bestimmt, die ins Leben gerufene Geschäftsverbindung zwischen den Parteien von vornherein zu regeln und zu organisieren. Dieser Vereinbarung kann dann die Eigenschaft als Vertrag nicht streitig gemacht werden, da als Vertrag jede Willenseinigung anzusehen ist, welche nach der übereinstimmenden Absicht der Parteien irgend eine Rechtswirkung nach sich ziehen soll. Für das Vorhandensein eines Vertrages ist auch belanglos, ob die gewollten

[105]) Siehe Entscheidungen oben zu 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9.
[106]) B. A. 4/166.

Rechtswirkungen unmittelbar auf Grund des Vertragsschlusses ode erst mittelbar im Anschluß an gewisse Ereignisse eintreten sollen.

Der Vertrag muß als **einheitlicher** und **selbständiger** charakter siert werden. Beides folgt aus dem rechtlichen Zweck, den die Pa teien mit dem Abschluß verbinden, nämlich ein eigenartiges Rechts verhältnis der Parteien zu einander — ihre Geschäftsverbindung – gleichzeitig ins Leben zu rufen und zu regeln. Als Rechtsverhältni ist mit Rücksicht auf § 362 H. G. B. schon an sich jede Geschäfts verbindung einer Person mit einem Kaufmann anzusehen. Jedenfall muß man eine durch das Bestehen eines Kontokorrentverhältnisse qualifizierte Geschäftsverbindung als Rechtsverhältnis anerkenne

Die Einheitlichkeit ergibt sich bereits aus dem Willen der Pa teien, eine kaufmännische Geschäftsverbindung als solche zu regel Die Inaussichtnahme eines Kontokorrentverkehrs dient lediglich zu besonderen Qualifizierung des zu begründenden Rechtsverhältnis ses. Ebenso wie die Einheitlichkeit ergibt sich auch die Selbständig keit des Vertrages aus seinem rechtlichen Zweck, ein bestimmte Rechtsverhältnis einer dauernden organisatorischen Regelung z unterziehen.

Die Abhängigkeit des Geschäftsverbindungsvertrages von de Gültigkeit später geschlossener einzelner Geschäfte ist keine gene tische, sondern eine bloß funktionelle; nicht seine Wirksamkeit, son dern nur seine Wirkungen können durch die Ungültigkeit solche Einzelgeschäfte beeinträchtigt werden.

Bernstein's Meinung bietet mehrere Angriffspunkte. Ein mal macht er den allein maßgeblichen Willen der Parteien von ih rer Anerkennungserklärung abhängig. Dabei übersieht er, daß i vielen Fällen überhaupt keine ausdrückliche Erklärung des Kunde stattfindet, und auch für die Verbindlichkeit garnicht benötigt wir Die Kenntnis vom Vorhandensein allein genügt ja. Seine Untersche dung der Einverständniserklärung — Kenntnisnahme oder Einve ständnis — schließt sich zu eng an die von ihm zitierten Entsche dungen an. Er begeht den gleichen Fehler wie in den Entscheidun gen des Reichsgerichtes, indem er neben der Pfands- und Schieds gerichtsklausel die anderen Bestimmungen der A. G. B. unbeachte läßt.

Weiter ist seine Begründung des eigenartigen Rechtsverhäl nisses nicht ganz richtig. Ein Rechtsverhältnis, das jede Geschäfts verbindung einer Person mit einem Kaufmann darstellt, ist kaum i § 362 H. G. B. als solches anerkannt. Handelt es sich aber um e Kontokorrentverhältnis gemäß § 355 H. G. B., so fehlt dem Vertrag die Einheitlichkeit, da die A. G. B. auch Bestimmungen enthalte die mit einem Kontokorrentverhältnis nichts zu tun haben, ja soga im Widerspruch dazu stehen. (Pfandklausel)

Regelsberger[107]) geht davon aus, daß beim Abschluß e nes Kontokorrentvertrages häufig der Hauptverabredung weite Vereinbarungen angefügt werden. Die daraus entstehende Frag ob Vertragseinheit oder Vertragsmehrheit, beantwortet er ähnlic wie Bernstein, nur mit einer anderen Begründung. Nach seiner A

[107]) B. A. 5/169.

schauung setzt die Annahme einer Vertragseinheit einen subjektiven und objektiven Zusammenhang unter den Vereinbarungen voraus. Die Parteien müssen die Abkommen als zusammengehörig angesehen und gewollt haben, daß sie nur in der Vereinbarung ins Leben treten sollen. Sie müssen zur Ordnung desselben zwischen 2 Parteien bestehenden oder zu bildenden Verhältnisses bestimmt sein. Alle Vereinbarungen in den Gesch. Bed. haben den Zweck, das aus der Eröffnung der laufenden Rechnung sich entwickelnde Verhältnis zu regeln. Da sie auch in den Augen der Parteien ein Ganzes bilden, stellen sie sich sonach vom subjektiven und objektiven Standpunkt aus als Bestandteile eines einheitlichen Rechtsgeschäftes (Kontokorrentvertrag) dar. Das R. G. verkennt bei der Verneinung der Vertragseinheit das rechtliche Band, das die einzelnen Abkommen verknüpft. Alle Vereinbarungen, die getroffen werden, um dieses Verkehrsverhältnis zu regeln, werden durch den einheitlichen Zweck zu **einem** Vertragsbilde zusammengeschlossen. Das schließt aber nicht aus, daß die Vereinbarungen im einzelnen unter der Herrschaft verschiedener Rechtsregeln stehen. Es liegt eben ein Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt vor.

Dieser Begründung Regelsberger's sind zum Teil seine eigenen Anschauungen entgegenzuhalten. Es hängt nicht vom Belieben der Parteien ab, aus mehreren Vereinbarungen eine Vertragseinheit herzustellen. „Der Zusammenhang würde nur auf Parteiwillkür beruhen und in der Natur und Bestimmung beider Verträge keine Wurzel haben." Wenn es sich nach Regelsberger anders verhält, wenn mit dem Vertrage über die Begründung einer laufenden Rechnung eine Pfandhaftung festgestellt wird, nicht etwa für alle Forderungen der Bank an den Kunden, sondern ausschließlich für ihre Forderung aus dieser Geschäftsverbindung, dem Kontokorrent, so hat er sehr recht. Er widerlegt damit nur seine eigene These; denn tatsächlich wird die Pfandhaftung für alle Forderungen der Bank gegen den Kunden, gleichgültig aus welchem Grunde, vereinbart. Diese Geschäftsverbindung stellt eben keinen Kontokorrentvertrag dar, da mehrere bedeutende vertragliche Bestimmungen den Rahmen eines solchen Vertrages weit überschreiten.

Neustätter[108]) legt seinen Ausführungen die Unterzeichnung der A. G. B. und einen gewöhnlich damit verbundenen Antrag auf Kontoeröffnung zu Grunde. Die darauf erfolgte Kontoeröffnung in den Büchern der Bank bedeutet nach seiner Auffassung nicht nur einen internen Vorgang in der Buchhaltung der Bank, es werden vielmehr dadurch auch Rechtswirkungen im Verhältnis zwischen Bank und Kunden ausgelöst. Der Kunde ist dann berechtigt, die Bank, deren Bedingungen er angenommen hat, als seine Bankverbindung zu betrachten. Er kann davon Gebrauch machen, indem er es z. B. auf seinen Geschäftspapieren vermerkt, was unter Umständen einen vorteilhaften Eindruck macht. Die Bank ist zur Entgegennahme von Zahlungen des Kunden und irgend welcher Dritter auf das Konto des Kunden verpflichtet. Wertpapiere, die ihr von dritter Seite zugehen, muß sie für den Kunden verwahren; sie über-

[108]) Kontokorrentbedingungen d. Banken § 10.

nimmt damit eine Haftung. Der Kunde kann jederzeit über sein Guthaben verfügen. Die Geschäftsverbindung, sowie das bestehende Vertragsverhältnis werden auch nicht dadurch beendigt, daß der Kunde zeitweilig kein Guthaben bei der Bank hat.

Die Bank hat im allgemeinen nicht die Pflicht, einen Rat oder eine Empfehlung zu erteilen. Bei einer bestehenden Geschäftsverbindung verhält es sich aber anders. Die Verbindung geht nicht nur auf den Abschluß z. B. von Spekulationsgeschäften, sondern auch auf die Erteilung von Ratschlägen. Ein innerhalb einer solchen Geschäftsverbindung erteilter Rat ist als vertragsmäßiger aufzufassen.[109]) Eine Geschäftsverbindung dieser Art ist überhaupt schon dann vorhanden, wenn die zwischen den Kontrahenten bestehenden Verhältnisse auf den Abschluß einer Reihe noch unbestimmter Geschäfte schließen lassen. Für ihr Bestehen ist die Erledigung von Aufträgen keine Voraussetzung. Es wird daher schon mit der Kontoeröffnung die Rechtsgrundlage für die Verantwortlichkeit aus einem erteilten Rat geschaffen.

Diese bestimmte Verpflichtung der Bank und des Kunden auf Grund der Geschäftsverbindung ist aber nicht auf einen Kontokorrentvertrag zurückzuführen. Der Ursprung dieser Pflichten gründet sich auf eine andere rechtlich relevante Tatsache. Dies ist die auf die Annahme der A. G. B. folgende Kontoeröffnung.

Daß eine solche Gesch. Verbindung bereits rechtlichen Charakter haben und unter Umständen einen einheitlichen Vertrag darstellen kann, ist bereits vom R. G. ausgesprochen in einer Entscheidung vom 25. 9. 1912[110]). Danach ist eine Geschäftsverbindung, kraft deren der eine für den anderen Zahlungen in Empfang nimmt und ihm auf Wunsch Auszahlungen aus dem erwachsenen Guthaben macht, ein dauerndes Vertragsverhältnis.

Diese zwischen Bank und Kunden sich entwickelnden eigenartigen Rechtsbeziehungen bezeichnet Neustätter als **Bankiervertrag.** Es ist seiner rechtlichen Natur nach ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Vertragsinhalt hat. Die ablehnende Meinung des R. G. im Urteil vom 7. 4. 1905[111]), in der Annahme der A. G. B. den Abschluß eines in seiner Gesamtheit einheitlichen Kontokorrentvertrages nach § 355 H. G. B. anzuerkennen, stellt die Existenz eines Bankiervertrages nicht in Abrede. Das R. G. hat es im Gegenteil in allen seinen diesbezüglichen Entscheidungen unterlassen, auf die von dem Inhalt der Geschäftsbedingungen unabhängigen Pflichten der Bank und des Kunden und auf ihren Zusammenhang mit den Klauseln einzugehen. Nur das Urteil vom 26. 1. 1899[112]) macht vielleicht eine Ausnahme, wenn man nämlich unter dem „Gesamtvertrag über den „Kontokorrentverkehr" nicht einen dem Kontokorrentvertrag, sondern dem Bankiervertrag ähnlichen Vertrag versteht.

Nach Neustätter kann man zu einer einwandfreien und den

---

[109]) R. G. E. 65/141.
[110]) R. G. i. Leipz. Zeitschr. 18/618.
[111]) R. G. i. Holdh. Mon. 16/105.
[112]) R. G. i. Jur. Woch. 1899/155.

Ansprüchen der Praxis voll Rechnung tragenden Lösung der Frage nach der rechtlichen Bedeutung der A. G. B. nur durch die Heranziehung dieses „Bankiervertrages" kommen. Die einzelnen Klauseln in den Gesch. Bed., die bereits mit der Annahme Vertragsinhalt werden, stehen nicht in ihrer Gesamtheit in einem Zusammenhang. Das Band, das sie mit einander verbindet, sind nur die zwischen der Bank und dem Kunden bestehenden allgemeinen Rechtsbeziehungen.

Neustätter kommt zu dem Ergebnis: „Die Pflichten der Bank und des Kunden bilden die essentialia des Bankiervertrages. Die accidentialia sind die Klauseln in den Gesch. Bed., deren Inhalt Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Kunden erzeugt, die unabhängig von der einzelnen Auftragserteilung entstehen.

Gestützt wird diese Auffassung Neustätters durch die bereits in 6 erwähnte Entscheidung des R. G. vom 22. 10. 1907,[113]) in der die Möglichkeit des Bestehens eines solchen einheitlichen Bankiervertrages für die zivilrechtliche Betrachtung zugegeben, für die stempelrechtliche allerdings verneint wird.

Gegen diese Konstruktion Neustätters ist kaum etwas einzuwenden.[114]) Sie ist so weitläufig gehalten, daß sie tatsächlich alles umfaßt. Sie ist aber auch geschlossen genug, sodaß der Zusammenhang nicht willkürlich die verschiedenen Klauseln und Vertragstypen zusammenfaßt, sondern tatsächlich ein durch Natur und Bestimmung gebotenes Ganzes bildet. Das entspricht auch völlig dem Parteiwillen, der ja für die Rechtsnatur maßgebend ist. Praktisch will niemand mit einer Bank neben einem Kontokorrentvertrag noch einen besonderen Pfandvertrag, Vollmachtsvertrag und Schiedsgerichtsvertrag eingehen; sondern er will mit ihr in ein Vertragsverhältnis (Geschäftsverbindungs- Bankiervertrag) eintreten, in dessen Rahmen die einzelnen Geschäfte vor sich gehen sollen.

Dieser verhältnismäßig junge Begriff des Bankiervertrages ist charakteristisch für das moderne Wirtschaftsleben, in dem die Banken so weitläufige Aufgaben zu erfüllen haben. - - - -

Welchen rechtlichen Charakter die einzelnen Klauseln haben, ob vertraglich oder normativ, hängt vom Parteiwillen ab. Es ist anzunehmen, daß alle Klauseln, die ihren Zweck nur in vertraglicher Form erfüllen, als Verträge, während die anderen, die ihren Zweck in anderer Form genau so erfüllen, nicht vertraglich gewollt sind. Von Bedeutung ist diese Unterscheidung in der Hauptsache für die stempelrechtliche Behandlung der A. G. B.

II. Einzelne Klauseln.

Bei der Untersuchung der einzelnen Klauseln in den Gesch. Bed. der Banken sind nur die Bestimmungen berücksichtigt, deren

---

[113]) R. G. i. Jur. Woch. 1907/849.

[114]) Vertreten wird sie neuerdings auch von Müller-Erzbach, Handelsrecht 1928 S. 651. und von Gierke, Handelsrecht 1930 S. 549.

Zulässigkeit und Rechtsnatur nicht ohne weiteres feststeht. Die Mehrzahl der Bestimmungen, die juristisch einwandfrei nur dem Ermessen der Banken unterliegt, (Rechnungslegung, Fristen etc.) bedarf keiner besonderen Würdigung.

Bei dem Wortlaut der Klauseln sind nicht die Gesch. Bed. einer Bank, sondern ein allgemeiner Durchschnitt durch sämtliche berücksichtigten A. G. B. zu Grunde gelegt worden, sodaß sich bei der Anführung der einzelnen Klausel ein Verweis erübrigt. Dem Durchschnitt entsprechen ungefähr die als Muster vom Zentralverband empfohlenen A. G. B.

§ 10.
Kontokorrentklauseln.

Am Eingang aller Gesch. Bed. steht die Bestimmung, daß sämtliche Konten der Geschäftsfreunde, welche Namen sie auch haben, (Girokonto, Scheckkonto, Depositenkonto, Sparkonto etc.) und bei welcher Geschäftsstelle sie auch geführt werden, als Teile des einheitlichen Kontokorrents im Sinne des § 355 H. G. B. anzusehen seien.

Die Aufnahme dieser Bestimmung geschah ursprünglich aus Stempelsteuergründen. Es sollte dadurch verhindert werden, daß die Bestätigungen der Gutschriften auf einem Separatkonto als Verpflichtungsscheine versteuert werden müßten.[115]) Es sollte auch vermieden werden, daß ein Kunde, der mehrere Konten unterhält, die Auszahlung seines Guthabens auf dem einen Konto verlangen kann, während er auf einem anderen noch etwas schuldig ist.

Im Gesetz ist das Kontokorrentverhältnis nur in 3 Paragraphen geregelt. Es ist daher der Parteivereinbarung hinsichtlich des Umfanges und Inhaltes des Kontokorrents weiter Spielraum gelassen. Die Banken können die Geschäfte bestimmen, die über das Kontokorrent gehen sollen. Die allgemeine Klausel hat die Vermutung für sich, daß alle Geschäfte dem Kontokorrent unterworfen werden sollen, soweit sie nicht seinem Wesen widersprechen. Letzteres trifft z. B. zu bei Forderungen, die an bestimmten Terminen fällig sind. (Ultimogelder etc.)

Die Einheitlichkeit der Konten laut A. G. B. bedeutet aber nicht notwendig, daß alle Konten zusammengerechnet werden müssen.[116])

Es fragt sich nun, ob diese Kontokorrentabrede einen Vertrag darstellt. An sich kann die Begründung eines derartigen Verhältnisses einen Vertrag bedeuten. Dieser Kontokorrentvertrag ist ja ursprünglich überhaupt eine Besonderheit des Bankgewerbes gewesen.[117]) Das „conto corrente", dessen Ursprung und Ausbildung dem mittelalterlichen italienischen Gewohnheitsrecht zu verdanken ist, war damals ein Reservat des Bankierstandes. Es blieb aber nicht

---

[115]) R. G. 26. 4. 1919 i. B. A. 18/266.
[116]) R. G. i. B. A. 27/300.
[117]) vergl. Grünhut, „Das Recht des Kontokorrentverkehrs" i. sein. Zeitschr. Band 3 S. 473 ff.

lange ein Monopol der Banken. Seine hohe wirtschaftliche Bedeutung verschaffte ihm nach seiner Bewährung im Bankverkehr eine hervorragende Stelle im Geschäftsleben.

Das Wesen des Kontokorrentvertrages wird in der Literatur verschieden dargestellt. Aus dieser Fülle der Theorien sollen hier nur die Hauptrichtungen in großen Umrissen ohne kritische Beleuchtung skizziert werden.

Eine der verbreitetsten älteren Theorien erblickt im Kontokorrentvertrag einen gegenseitigen **Darlehensvertrag.** Begründer dieser Theorie war Massé.[118])

Sie war Vorläuferin der weiteren zusammen am besten als Kredittheorien zu bezeichnenden Anschauungen.

Creizenach[119]) geht von dem Mandatsverhältnis zwischen Bank und Kunden aus und bezeichnet den Kontokorrentvertrag einfach als pactum de contrahendo. Nach seiner Anschauung besteht er lediglich in der Uebereinkunft zwischen Bankier und Kunden, daß ersterer dem letzteren die in sein Fach einschlägigen Geschäfte zu besorgen verspricht, während letzterer den Bankier nach periodisch zu pflegender Abrechnung zu decken und ihm gewisse Vorteile einzuräumen verpflichtet ist. Bankier und Kunde treten dadurch in ein laufendes Rechnungsverhältnis zu einander.

In der Wissenschaft wird diese Anschauung später verlassen.

Eine andere Theorie sieht in dem Kontokorrentvertrag einen Krediteröffnungsvertrag. Es ist eine Vereinbarung, durch die sich die eine Partei verpflichtet, der anderen unter gewissen Bedingungen Kredit zu gewähren, d. h. ihr das Recht einräumt, über ihre wirtschaftlichen Werte wie über die eigenen nach freiem Belieben zu verfügen.[120])

Bei diesem Krediteröffnungsvertrag ist zu unterscheiden zwischen einem einseitigen und einem gegenseitigen. Die erstere Anschauung vertreten, allerdings mit gewissen Modifikationen Brinkmann und Endemann[121]). Beide sehen im Kontokorrentvertrag eine Kombination: Krediteröffnung und Depositengeschäft. So enthält nach Brinkmann der Kontokorrentvertrag eine Krediteröffnung und zugleich die Verabredung über ein Depositengeschäft mit dem Vorbehalt, daß das Gesamtergebnis dieses zweiseitigen Geschäftsverkehrs als selbständige Forderung des einen Teils betrachtet werden soll. Nach Endemann beruht das Kontokorrentverhältnis auf der Uebereinkunft, daß ein Geschäftsfreund für den anderen Vorschüsse und Einnahmen machen und beide bis zu einem gewissen Abschlußpunkt in laufender Rechnung führen soll. Nach ihm enthält die Eröffnung des Kontokorrents im-

---

[118]) Abgedr. b. Levy-Riesser, Kontokorrentvertrag 1894 aus: „Le droit commercial dans ses repports avec le droit des gens et le droit civil" 1845.

[119]) Das kaufmännische Kontokorrent und seine rechtliche Bedeutung, Mainz 1873 S. 6 ff.

[120]) Greber, Kontokorrentverhältnis, 1893 S. 30 ff,

[121]) Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 1853/1860 S. 503, Endemann, in Goldschmidt's Zeitschr. B. 4, S. 265.

mer die Eröffnung eines Kredits, und die Einnahmen, die der Bankier für den Kunden macht, sind als Depositen anzusehen.

Diese Theorie der einseitigen Krediteröffnung nähert sich schon sehr der Meinung jener Juristen, die das Wesen des Kontokorrents in einer gegenseitigen Kreditgewährung erblicken.. Diese Anschauung wurde zuerst von Levy[122]) vertreten. Aehnlich führt Grünhut[123]) aus:

„Sobald die Parteien einen Kontokorrentvertrag abgeschlossen haben, so haben sie einander versprochen, Kredit zu geben und zu nehmen; sie sind daher zu gegenseitiger Kreditgewährung respektive zum Kreditempfang verpflichtet."

Im Prinzip mit dieser Meinung einverstanden, schlägt Riesser[124]) folgende genauere Fassung vor:

„Kontokorrent ist ein Vertrag, welcher auf gegenseitige Kreditgewährung mit der Maßgabe gerichtet ist, daß erst die durch periodischen Rechnungsabschluß zu ermittelnde Differenz feststellen soll, wer Gläubiger und wer Schuldner ist."

Die gleiche Auffassung wie die beiden vorhergehenden Autoren teilen Laband,[125]) Goldschmidt,[126]) Dernburg,[127]) auch das R. G. in einer früheren Entscheidung.[128])

Eine weitere Theorie erblickt im Kontokorrent ein bedingtes gegenseitiges Kreditversprechen. Ihr Vertreter ist vor allem Greber.[129]) Er definiert den Kontokorrentvertrag als „Uebereinkunft zweier Personen, sich für einen bestimmten Zeitabschnitt hinsichtlich der während desselben entstehenden Geldverbindlichkeiten Kredit zu gewähren." Der Kontokorrentvertrag begründet demnach keinen Anspruch auf Kreditgewährung, sondern nur einen Anspruch darauf, daß die Forderungen, falls solche während des Kontokorrentverhältnisses entstehen und in den Kontokorrentnexus aufgenommen werden, kreditiert werden. Der Zweck liegt also in der Stundung der einzelnen Forderungen. Demgemäß wäre der Kontokorrentvertrag als Stundungsvertrag anzusehen.

Eine neuere Theorie erklärt das Wesen des Kontokorrentvertrages dahin, daß hier lediglich die Imputationsregeln des B. G. B. (§§ 366,2 367 369) ausgeschlossen sein sollen. Vertreter dieser Theorie sind Mohr[130]) und Theusner.[131])

Nach Mohr dient der Kontokorrentvertrag nur einer bestimmten Art und Weise der Tilgung von Forderungen. Die Parteien vereinbaren die Aufhebung der gesetzlichen Imputationsregeln, an ihre Stelle sollen die Imputationsregeln des Kontokorrents treten. Dabei

---

[122]) Levy-Risser, a. a. O. S. 94 ff.
[123]) Grünhut's Zeitschrift Band 3 S. 501.
[124]) Siehe Anm. 118.
[125]) Goldschmidt's Zeitschr. 19/655.
[126]) System d. Handelsrechts, 1891 S. 190 ff.
[127]) Lehrbuch d. preuß. Privatrechts, 4. Aufl. 1888, Band 2 S. 513.
[128]) R. G. E. 22/151.
[129]) A. a. O. S. 61.
[130]) Der Kontokorrentverkehr, Berlin 1902 S. 25.
[131]) Der Kontokorrentvertrag, Halle 1901 S. 47.

soll die unbestimmte Aufrechnungserklärung, wenn nicht ausdrücklich erfolgt, als abgegeben gelten, so oft eine Tilgung von Forderungen möglich ist. Mohr nimmt also eine fortlaufende, schon vor der Abtretung eintretende Aufrechnung an.

Nach Theusner begründet der Kontokorrentvertrag lediglich die tiefe Verpflichtung, daß die während der Geschäftsverbindung entstehenden Forderungen nicht getilgt werden dürfen; es soll dafür den Kontrahenten erlaubt sein, diese Forderungen innerhalb einer von ihnen bestimmten Zeitperiode gegeneinander zu verrechnen. Mit der Eingehung des Vertrages werde von den Parteien der übliche Kontokorrentabrechnungsgrundsatz, nämlich die Abänderung der gesetzlichen Imputationsregeln stillschweigend vereinbart.

Es ist schließlich noch die Theorie Staubs[132]) zu erwähnen. Er sieht den Kontokorrentvertrag als pactum de novando an, indem er ausführt:

„In dem Kontokorrentvertrage liegt eine Vereinbarung eigentümlicher Art. Durch die gegenseitige Feststellung des Saldos werden die bisherigen Einzelforderungen getilgt und es tritt an ihre Stelle eine neue Forderung anderer Art, nämlich das Guthaben aus dem festgestellten Saldo, bei dem die Einzelposten nicht als schuldbegründend oder schuldtilgend, sondern lediglich als Posten der Debet- und Creditseite zu betrachten sind, sodaß allein dem durch die periodische Verrechnung festgestellten Saldo schuldbegründende Bedeutung zukommt. Es tritt hiernach am Schluß der Rechnungsperiode eine Novation ein, d. h. die Umwandlung des bisherigen Schuldverhältnisses in ein neues. - - - Der Kontokorrentvertrag enthält daher die Vereinbarung einer am Schluß der Rechnungsperiode vorzunehmenden Novation." - - - - -

Alle diese vorstehenden Theorien streiten lebhaft miteinander, bisher jedoch ohne Erfolg, da noch keine von ihnen die Oberhand gewonnen hat.

In der Praxis hat dieser Streit der Theorien wenig Bedeutung. - - - - -

Es ist auf die am Eingang des vorstehenden Ueberblicks stehende Frage zurückzukommen, ob die Kontokorrentabrede in den A. G. B. einen Kontokorrentvertrag begründet.

Aus der Fassung des § 355 H. G. B. ergibt sich, daß für das Entstehen eines Kontokorrentvertrages eine Geschäftsverbindung unter den Beteiligten erforderlich ist. Es ergeben sich daraus aber keine Anhaltspunkte, von welcher Art diese Geschäftsverbindung sein muß. Nach Staub[133]) begründet eine solche Gesch. Verbind. ein Kontokorrentverhältnis, bei der die Parteien übereinkommen, daß die einzelnen Zahlungen nicht auf bestimmte Forderungen geleistet, die einzelne Gegenforderung nicht mit bestimmter Gegenforderung aufgerechnet und nicht besonders geltend gemacht werden sollen, daß vielmehr der Rechnungsabschluß am Schluß einer Rechnungsperiode feststellen soll, wer Gläubiger und wer Schuldner ist. Sobald die Parteien ein solches Uebereinkommen treffen,

---

[132]) Staub-Koenige, a. a. O. § 355 Anm. 2.
[133]) Staub-Koenige, a. a. O. § 355 Anm. 1.

ist ein Kontokorrentvertrag entstanden. Diese Ansicht wird auch in ständiger Rechtsprechung vom R. G. vertreten.[134])

Wesentlich für den Kontokorrentvertrag ist die Erwartung der Entstehung gegenseitiger Forderungen. Dieses Wesenserfordernis ist aber nicht zu eng zu begrenzen. Auch eine Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden, bei der der eine kreditierend der andere tilgend erscheint, kann den Charakter eines Kontokorrents annehmen, wenn der Parteiwille dahin geht.[135])

Eine Form für den Abschluß wird vom Gesetz nicht verlangt. Die Vereinbarung geschieht allgemein so, daß der Kunde schriftlich sein Einverständnis mit den A. G. B. erklärt. Nötig ist solch eine ausdrückliche Erklärung nicht, es genügt eine einfache Bestätigung der Kenntnisnahme.[136])

Ob nun die bloße Vereinbarung der A. G. B. bereits einen Kontokorrentvertrag schafft, ist zweifelhaft; entscheidend ist der Parteiwille. Auf jeden Fall aber entsteht ein solcher Vertrag durch die Einverständniserklärung verbunden mit einem Antrag auf Eröffnung eines Kontos bezw. durch einen der bloßen Annahme nachfolgenden Geschäftsabschluß. In der Praxis wird Einverständniserklärung und Kontoeröffnung oder Geschäftsabschluß meistens zusammenfallen.

Neben der allgemeinen Klausel enthalten die A. G. B. in der Regel noch besondere den Kontokorrentverkehr betreffende Bestimmungen. Eine solche Sonderregelung betrifft die Börsentermingeschäfte im Kontokorrent.

Börsentermingeschäfte unterscheidet man nach mehreren Gesichtspunkten. Einmal teilt man sie ein in offizielle und inoffizielle Terningeschäfte. Offizielle sind solche in Werten, die für den Terminhandel an der Börse zugelassen sind, wenn dieser Handel unter Zugrundelegung der Gesch. Bed. abgeschlossen wird, die der Börsenvorstand für den betreffenden Terminhandel festgesetzt hat. Daneben kennt die Geschäftspraxis den inoffiziellen oder freien Börsenhandel entweder in Werten, die zum Börsenterminhandel nicht zugelassen sind, oder in zugelassenen Werten, die nach anderen als den festgesetzten Bedingungen gehandelt werden. (§ 51 Börs. Ges.) Es kann der Börsenvorstand gemäß § 51,1 B. G. einstweilen auch einen nicht zugelassenen Terminhandel für eine bestimmte Zeitdauer (längstens 1 Jahr) bewilligen, falls Verhandlungen wegen der offiziellen Zulassung schweben.

---

[134]) R. G. E. 1/19, 10/53, 18/247, 88/375, Jur. Woch. 99/494; Warneyer Rechtspr. 1910/27.

[135]) R. G. 28. 6. 1892 i. Jur. Woch. 1892/374.

[136]) R. G. E. 84/1 ff. führt aus, daß auch schon in der geforderten Erklärung der „Kenntnisnahme" der Ausdruck des Einverständnisses liegen kann.

„Der Bank ist es, sollen die in den Bedingungen enthaltenen Bestimmungen nicht zum Teil illusorisch sein, darum zu tun, den Kunden sofort zu binden. Nicht nach dem Wortlaut einer Erklärung, sondern nach dem durch sie ausgedrückten Willen soll bei ihrer Auslegung geforscht werden."

Eine andere Unterscheidung teilt die Termingeschäfte ein in erlaubte und verbotene. Erstere behandelt § 52 ff., letztere § 63 ff. des B. G. [137])

Im erlaubten Börsenterminhandel sind die Geschäfte nicht ohne weiteres rechtswirksam. Sie sind an sich grundsätzlich unverbindlich. Unter gewissen Voraussetzungen aber werden sie verbindlich. Man unterscheidet daher die erlaubten Börsentermingeschäfte weiter in vollverbindliche, beschränkt verbindliche und unverbindliche Geschäfte.

Vollverbindlich, d. h. von Anfang an verbindlich sind die erlaubten Börsentermingeschäfte, wenn beide Kontrahenten börsentermingeschäftsfähig sind, d. h. wenn sie einem der in § 53 B.G. umschriebenen besonders qualifizierten Personenkreise angehören.

Beschränkt verbindlich sind die Geschäfte, wenn ein nicht termingeschäftsfähiger Kontrahent einem termingeschäftsfähigen und zwar einem Vollkaufmann oder einer eingetragenen Genossenschaft (§ 53,1 B. G.) gegenübersteht. Es muß sich bei diesen Geschäften um Wertpapiere handeln, und der börsenmündige Kontrahent muß sich gemäß § 54 B. G. in bestimmter Form eine Sicherheit für seine Forderungen aus dem Geschäft haben stellen lassen. Hier besteht für die börsenmündige Partei eine rechtsgültige also einklagbare Verpflichtung, (§ 54) für den anderen Teil nur eine Naturalobligation, für die die gestellte Sicherheit haftet.

Unverbindlich sind die Geschäfte, bei denen auf beiden Seiten börsentermingeschäftsunfähige Kontrahenten beteiligt sind. Sie erzeugen beiderseits grundsätzlich keine juristische, d. h. klagbare Verpflichtung, sondern nur eine natürliche, deren Wirkung sich darin zeigt, daß:

a) das auf Grund des Geschäfts Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, (§ 55 B. G.)

b) der Gläubiger seinen unklagbaren Anspruch auch zur einseitigen Aufrechnung gegen Forderungen aus anderen Börsentermingeschäften benutzen darf. (§ 56 B. G.)

Eine unbeschränkte Heilung sowohl der beschränkt — wie der unverbindlichen Geschäfte findet ferner statt durch eine Erfüllungsmaßnahme besonderer Art. (§ 57 B. G.) Der Kunde muß sich bei oder nach dem Eintritt der Fälligkeit dem Bankier gegenüber mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt, und der Bankier diese Leistung an ihn bewirkt haben.

Die verbotenen Börsentermingeschäfte (z. B. Getreide- und Müllereiartikel § 63 ff, B. G.) sind rechtlich endgültig unwirksam. (§§ 64,1 66,1 B. G., 134 B. G. B.) Es gibt für sie weder eine Heilung durch Sicherheitsleistung noch durch Erfüllungsannahme. Sie haben lediglich die Wirkung, daß das auf Grund des Geschäftes Geleistete nicht um deswillen zurückgefordert werden kann, weil eine Verpflichtung zur Erfüllung nicht bestanden hat. (§ 64,2 B. G.)

---

[137]) Für die einzelnen Unterscheidungen vergl.: Staub-Koenige § 376 Anh., Ehrenberg, Band 4,2 S. 601 ff., Zentralverbandskommentar z. B. G. S. 178 ff., Müller-Erzbach, a. a. O. S. 590.

Alle diese Börsentermingeschäfte können an sich im Kontokorrent erscheinen; ihre selbständige Geltendmachung ist dann ausgeschlossen. Besonderen Einfluß hat ihre Einstellung lediglich auf die Gültigkeit des Saldoanerkenntnisses.

Das Saldoanerkenntnis hat doppelte Bedeutung, nämlich einmal die eines Anerkenntnisses des gefundenen Saldos als Schuld gemäß §§ 781, 782 B. G. B., dann die einer vertraglichen Aufrechnung der Einzelposten.[138])

Dies Anerkenntnis bedarf nach §§ 782 B. G. B. u. 350 H. G. B. nicht der Schriftform. Es kann auch durch schlüssige Handlungen (Abzahlungsversprechen, Fortsetzung der Gesch. Verbindung) und durch Stillschweigen abgegeben werden.[139])

Bei verbotenen Börsentermingeschäften ist das Saldoanerkenntnis ohne weiteres unverbindlich, bei vollverbindlichen naturgemäß gültig. Anerkenntnisse aus klaglosen Termingeschäften können verbindlich sein. Ihre Gültigkeit folgt dann nicht aus der Saldofeststellung und aus dessen mit den abstrakten Wirkungen der §§ 780, 781 B. G. B. bekleideten Anerkenntnis, wohl aber aus der der Erfüllung gleichstehenden Aufrechnung, die durch den in dem Anerkenntnis enthaltenen Aufrechnungswillen vertragsgemäß vollzogen wird.[140])

Die Anerkennung des Saldos genügt aber nicht, um ein Einverständnis mit der Erfüllung im Sinne des § 57 B. G. (Erfüllungsannahme) darzutun.[141])

Liegen nun dem festgesetzten Saldo zum Teil verbindliche, zum Teil unverbindliche, d. h. klaglose aber erfüllbare Börsentermingeschäfte zu Grunde, so erzeugt das Saldoanerkenntnis bezüglich der klaglosen Geschäfte keine klagbare Forderung. In der Verrechnung und ihrer Genehmigung ist jedoch gleichzeitig als selbständiger Rechtsakt ein Aufrechnungsvertrag enthalten, der es bezüglich der klaglosen Geschäfte bewirkt, daß diese insoweit als erfüllt und damit der Rückforderung nicht unterliegend zu betrachten sind.[142]) Die Aufrechnung zwischen den verbindlichen Forderungen erfolgt in solchem Falle nach der ständigen Rechtsprechung des R.-G. „verhältnismäßig".[143])

Diese Ansicht des R. G. geht zurück auf Trumpler[144]). Sie bestimmt kurz folgendes: Wenn sich die Summen der Debetposten und die der Kreditposten nicht ausgleichen, dann sollen die Posten der höheren Summe im gleichen Verhältnis getilgt werden. Befinden sich unter den letzteren Posten solche aus verbindlichen und unverbindlichen Geschäften durcheinander, so ergeben sich durch die verhältnismäßige Tilgung dieser Posten ungetilgte gültige und

---

[138]) Staub-Koenige, § 376 Anm. 61.
[139]) Staub-Koenige, § 355 Anm. 26, R. O. H. G. 2/117.
[140]) Staub-Koenige, § 355 Anm. 30.
[141]) R. G. i. B. A. 16/268, 17/141.
[142]) R. G. E. 56/19, 59/192.
[143]) R. G. E. 56/19, 59/192, R. G. i. Jur. Woch. 1905/187, Jur. Woch. 1912/80, B. A. 10/13, 10/334.
[144]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. 50/488.

ungetilgte ungültige Beträge, die zusammen den Saldo ausmachen. Gültigkeit hat davon nur der Teil, der sich aus der Summe der gültigen Restbeträge zusammensetzt; der andere Teil ist unverbindlich.

Das R. G. begründet diese verhältnismäßige Aufrechnung mit folgendem Satz:[145]) „Der Aufrechnungsvertrag hat, wenn nichts anderes vereinbart, keinen anderen Inhalt als den, daß die Gesamtheit der auf der Aktivseite stehenden Posten mit Einschluß derjenigen aus Börsentermingeschäften gegen die Gesamtheit der auf der Passivseite stehenden Posten wiederum mit Einschluß derjenigen aus Börsentermingeschäften aufgerechnet wird, wovon die Wirkung sein muß, daß jeder Passivposten und somit auch jeder Passivposten aus einem Börsentermingeschäft zu einem Bruchteile getilgt werde, dessen Nenner der Gesamtbetrag der Passivposten und dessen Zähler der Gesamtbetrag der Aktivposten ist."

Durch ein Beispiel wird das am besten klargestellt:

Auf der Debetseite steht eine Schuld des Kunden von 60 000 RM. aus Darlehen und von 90 000 RM. aus Börsentermingeschäften, auf der Kreditseite eine Forderung des Kunden von 100 000 RM. aus Börsentermingeschäften. Klagt nun der Bankier das Saldoguthaben von 50 000 RM. ein, so ergibt die verhältnismäßige Aufrechnung folgendes: Das Verhältnis Kredit zu Debet ist 100 000 : 150 000 gleich 2 : 3; die einzelnen Posten der Debetseite sind in diesem Verhältnis 2 : 3 getilgt, also jeder Posten zu $^2/_3$, von der Darlehnsforderung des Bankiers also 40 000 und von der Forderung aus Börsentermingeschäften 60 000.

Der ungetilgte Saldo in Höhe von 50 000 RM. besteht also aus 20 000 RM. gültigen und 30 000 RM. ungültigen Restbetrag. Verurteilt wird der Kunde nur zur Zahlung der gültigen 20 000 RM. - - - -

Diese verhältnismäßige Aufrechnung kompliziert sich nun noch dadurch, daß auch die Zinsen und Provisionen von ihr betroffen werden. Bei längerem Kontokorrentverkehr muß daher jeder einzelne Saldovortrag in seine gültigen und ungültigen Teile zerlegt werden. Daraus folgt unter Umständen die Notwendigkeit, bis auf den Anfang der Geschäftsverbindung zurückzugreifen.[146])

Diese ungerechte Rechnungsart ist auch in der Literatur allgemein auf schärfsten Widerspruch gestoßen. Nußbaum schreibt in Ehrenberg's Handbuch:[147]) „Eine Theorie, die zu so künstlichen und bizarren Folgerungen führt, kann nicht zutreffend sein."

Düringer-Hachenburg:[148]) „Die Unbilligkeit der verhältnismäßigen Aufrechnung leuchtet ohne weiteres ein und wird auch nirgends geleugnet."

Aehnlich äußern sich Staub-Koenige,[149]) Heilbrunn[150]) und Danz.[151])

---

[145]) R. G. E. 59/194.
[146]) R. G. i. Jur. Woch. 1905/187.
[147]) Ehrenberg, Band 4.2 S. 672.
[148]) Kommentar z. H. G. B. § 355 Anm. 38.
[149]) § 376 Anm. 62.
[150]) Holdh. Mon. 1905/228.
[151]) B. A. 4/146.

Die Banken haben diese unbilligen Folgen der Judikatur ausgeschaltet durch die Aufnahme einer Klausel in ihre A. G. B. mit dem Inhalt:

„Enthält das Konto eines Geschäftsfreundes Forderungen aus Börsentermingeschäften, so werden bei der jeweiligen Saldofeststellung zuerst die aus diesen Geschäften herrührenden Posten gegen einander aufgerechnet; die hiernach für die Bank oder ihre Geschäftsfreunde noch verbleibende Forderung aus Börsentermingeschäften wird bei weiterer Aufrechnung in erster Linie getilgt."

Diese Klausel ist zulässig und rechtsgültig. Der vom R. G. entwickelte Grundsatz, daß durch Ziehung des Kontokorrentsaldos Posten aus unwirksamen Börsengeschäften im Wege der verhältnismäßigen Aufrechnung getilgt werden, ist nicht zwingendes Recht. Trotz der Einsetzung solcher Posten in das Kontokorrent kann eine andere Aufrechnung vereinbart werden. Die Regeln über das Kontokorrentverhältnis sind nachgiebiges Recht; die Beteiligten können sie beliebig vertraglich ändern, wie das in den Bankbedingungen ja auch geschieht.[152]) Es kann durch eine solche Klausel also auch wirksam vereinbart werden, daß einzelne Posten der Passiv- und Aktivseite unter sich aufgerechnet werden sollen.[153]) - - - - -

Weitere Sonderklauseln enthalten die A. G. B. der Banken über die Behandlung von Wechselverbindlichkeiten im Kontokorrentverkehr. Es ergibt sich hier die Frage, ob Wechselverbindlichkeiten überhaupt in das Kontokorrent aufgenommen werden können. An sich ist der rechtliche Charakter einer Wechselforderung mit den Wirkungen einer Einstellung in das Kontokorrent nicht in Einklang zu bringen. Es widerspricht der Eigenart des Kontokorrentverhältnisses, Forderungen mit bestimmten Fälligkeitsterminen in sich aufzunehmen. Außerdem könnte die Aufnahme einer Wechselforderung in das Kontokorrent die an strenge Vorschriften geknüpfte Realisierung dieser Forderung vereiteln.

In der Literatur und Rechtsprechung wird diese Frage verschieden beantwortet.

Die frühere Praxis des R. O. H. G.[154]) suchte den Widerspruch zwischen Zweck und Ziel des Kontokorrents einerseits und des Wechselrechts andererseits dadurch zu lösen, daß es die Unterwerfung der Wechselansprüche unter die Wirkungen des Kontokorrents anerkannte, die gesonderte Ausklagung der einzelnen Wechselposten konsequenterweise aber nicht zuließ.

Von dieser Erkenntnis wandte sich das R. O. H. G. in späteren Entscheidungen[155]) mit der Maßgabe ab, daß Wechselansprüche im Zweifel auch während der Dauer eines Kontokorrentverhältnisses separat einklagbar seien. Aus dem Brauche, die Valuta ohne weiteres als Barzahlung in das Kredit des Wechselgebers zu stellen, könne nicht auf die Absicht geschlossen werden, die eventuell entstehende Wechselforderung nicht geltend zu machen, zumal die Gut-

---

[152]) Staub § 355,43
[153]) R. G. i. B. A. 30/230.
[154]) R. O. H. G. 2/137, 2/221.
[155]) R. O. H. G. 3/143, 5/41, 5/337, 6/254, 9/245, 11/308, 22/366.

schrift in der Erwartung der Tilgung der Wechselschuld und in der Annahme erfolge, daß es zu einem Regressanspruch nicht kommen werde. Der Anspruch auf Erfüllung solle aber dann von separater Einklagung ausgeschlossen sein, wenn die Ausschließung nach dem Inhalt des Kontokorrentvertrages oder der dem Wechselgeschäft zu Grunde liegenden Vereinbarung als von den Kontrahenten beabsichtigt angenommen werden könne.

Das R. G. wiederum bekennt sich, wenn auch nur indirekt, zu dem ursprünglichen Standpunkt des R. O. H. G.[156]) Dieser Auffassung schließt sich zum großen Teil auch die Literatur an.[157])

Nach Riesser gilt an sich jede Zusendung von Werten, die zwischen 2 in Kontokorrentnexus stehenden Personen geschieht, als Folge ihres auf gegenseitige Kreditgewährung gerichteten Vertrages und muß daher im Kontokorrent, das ein Bild der infolge dieses Vertrages vorgenommenen Geschäfte geben soll, seine Stelle finden. Es kann sich daher die Fernhaltung eines Wechsels nur auf eine ausdrückliche oder stillschweigende (aus den Umständen mit Notwendigkeit sich ergebende) Parteivereinbarung stützen. Diese Vereinbarung der Nichtaufnahme stellt dann die Ausnahme, die Aufnahme des betreffenden Wechsels aber die Regel dar.

Im Anschluß an die oben erwähnte ständige Rechtsprechung des R. O. H. G. wurde bei den Gesetzgebungsverhandlungen zum bestehenden H. G. B. im 1. Entwurf im § 397,1 die Bestimmung aufgenommen:

„Forderungen aus Wechseln oder anderen Wertpapieren bleiben von der laufenden Rechnung ausgeschlossen. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn ein anderes vereinbart oder nach der Art der Geschäftsverbindung als beabsichtigt anzusehen ist.“ [158])

Dazu bemerkt die Denkschrift, daß bei Forderungen aus Wechseln die besonderen Vorteile der Rechtsverfolgung, bei Wechselregreßforderungen überdies die kurze Verjährungsfrist, die Vermutung begründeten, daß solche Forderungen von der laufenden Rechnung, als deren Bestandteile sie nicht mehr für sich geltend gemacht werden könnten, ausgeschlossen sein sollten.

Im 2. Entwurf wurde diese Bestimmung fallen gelassen. So gibt das Gesetz keinen Anhaltspunkt, ob Wechselforderungen auch ohne besondere Verabredung in das Kontokorrent aufzunehmen sind, und noch viel weniger, ob Regreßforderungen kontokorrentpflichtig sind.

Man wird die Einstellung der Wechselforderung in das Kontokorrent mehr buchtechnisch als juristisch betrachten müssen. D. h. die Kontokorrentforderung stellt nicht die Wechselforderung als solche, sondern nur ihren Gegenwert im Kontokorrent dar.

Geller[159]) erklärt diese eigenartige Stellung der Wechsel-

---

[156]) R. G. E. 27/140.

[157]) Grünhut i. Endemann's Handbuch B. 3 S. 945, Greber a. a. O. S. 58, Levy-Riesser a. a. O. S. 115 ff.

[158]) Entwurf des H. G. B. nebst Denkschrift, amtl. Ausgabe Berlin 1896 S. 425.

[159]) Jur. Blätter, Wien 1879, cit. b. von Hartmann, das Kontokorrentverh. n. d. Vorschr. d. neuen H. G. B. 1903 S. 52.

forderung im Kontokorrent folgendermaßen:

„Die Hingabe eines Wechsels begründet keine Schuld, sondern eine Forderung für den Geber. Die Geltendmachung eines solchen Wechsels seitens des Empfängers ist daher nicht Geltendmachung einer Forderung aus dem Kontokorrent, sondern nichts anderes als eine Art des Gebrauchs des vom Korrespondenten gegebenen und ihm ins Kredit gebrachten Wertes, gleich wie die Ausgabe des von ihm remittierten Geldes oder der Verbrauch der gelieferten Waren. Die Wechsel können daher selbständig geltend gemacht werden."

Eine eindeutige Beantwortung der Frage, ob im Zweifel Wechselforderungen in das Kontokorrent gehören bezw. ob die Regressansprüche gesondert geltend gemacht werden dürfen, ist nicht zu geben. [160]) Soweit Parteivereinbarungen getroffen sind, gelten diese. Sonst sind eben alle Nebenumstände, besonders die Art der Geschäftsverbindung zu berücksichtigen. [161])

Eine direkte Parteiabrede findet sich nun in den A. G. B. der Banken nicht. Sie läßt sich aber einmal bereits aus der Generalklausel (alle Konten unterstehen dem Kontokorrent), dann aber auch aus den besonderen Klauseln über die Behandlung von Wechseln im Kontokorrent herleiten.

So behalten sich einige Banken das Recht vor, bei protestierten Wechseln neben der Stornierung des gutgeschriebenen Betrags auf laufende Rechnung noch den vollen Wechselbetrag mit den gesetzlichen Nebenforderungen von allen Verpflichteten einklagen zu können. Diese Klausel ist durch die Vorsicht geboten und begründet. [162]) Zwingendes Recht wird durch sie nicht verletzt, da es der Parteivereinbarung im Kontokorrent freisteht, einzelne Forderungen seinem Wirkungskreis zu entziehen.

Die Geltendmachung der Regressansprüche gegen alle Verpflichtete neben der Belastung im Kontokorrent ist im Hinblick auf die Vorschriften über die Gesamtschuldverhältnisse und darauf, daß die Belastung ja nur einen Merkposten darstellt, zulässig. Denn einmal vermehrt die Bank dadurch ihre Rechte aus dem Gesamtschuldverhältnis in keiner Weise; dann kann aber auch der in Anspruch genommene Wechselverpflichtete, da es sich ja nur um einen Merkposten handelt, nicht mit der Einrede durchdringen, die Bank habe bereits ihre Forderung gegen einen anderen Verpflichteten, nämlich den Kunden geltend gemacht. [163])

Die Bank will sich dadurch nur weitgehend sichern. Sie kann bei Aufnahme der Regressumme in das Kontokorrent — als reinen Merkposten — selbst nach Saldoziehung noch gegen einen anderen Verpflichteten vorgehen. Erst mit Saldoanerkennung ist die Bank von dem regreßpflichtigen Kunden befriedigt. Dann erst kann der

---

[160]) Auch Düringer-Hachenburg, a. a. O. § 355 Anm. 17.

[161]) Staub-Koenige verneint d. Einstell. v. Wechselforderungen bezw. Regreßford. i. d. Kontok., soweit keine ausdrückliche Parteiabrede entgegensteht. A. a. O. § 355,15.

[162]) Staub-Koenige, § 355 Anm. 43.

[163]) Neustätter, a. a. O. S. 38.

andere in Anspruch genommene Verpflichtete mit Erfolg die Zahlungseinrede geltend machen.

Eine andere Klausel des Inhalts, daß Gutschriften von Wechseln nur vorbehaltlich Eingangs erfolgen, hat lediglich die Bedeutung, daß die Banken bei Ausbleiben der Deckung den Kunden wieder belasten, um die Gutschrift auszugleichen.

Weiter behalten sich die Banken noch vor, angekaufte Wechsel jederzeit zurückbelasten zu können, wenn ihr die eingeholten Auskünfte nicht genügen. Eine solche Sicherung der Bank ist zulässig, weil das Recht dazu nicht aus dem Wechsel, sondern aus dem Kausalgeschäft, dem Kauf, hergeleitet ist. Eine derartige auflösende Bedingung kann man jedem Geschäft auferlegen.

Die A. G. B. enthalten schließlich noch eine weitere Klausel über den Wechselverkehr des Inhalts, daß bei unakzeptierten Tratten, die die Bank zur Gutschrift, Einziehung, Diskontierung oder als Depot erhält, ihr zugleich auch die der Wechselziehung zu Grunde liegenden Forderungen nebst den dafür bestellten Sicherheiten als mitübertragen gelten. Dieser Vorbehalt dient auch zur Sicherung der Bank; er stellt keine gegenwärtige Abtretung, sondern nur ein pactum de cedendo, ein Abkommen über die künftige Abtretung dar.[164]) Die Klausel ist notwendig, da es einen Handelsbrauch, nach dem die zu Grunde liegende Forderung als an die Bank abgetreten zu gelten habe, im Widerspruch zu einem Gutachten der Handelskammer Berlin nicht gibt.[165])

§ 11.
Sicherungsklauseln.

Die Sicherungen, die das Gesetz den Banken zubilligt, reichen in den meisten Fällen nicht aus, um sie vor größerem Schaden zu bewahren. Die Banken sind daher in ihrem Interesse und damit auch dem der Gesamtwirtschaft gezwungen, sich über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Sicherungen zu verschaffen. Sie tun dies vor allem durch eine Erweiterung ihres Pfandrechts für Forderungen gegen ihre Kunden in den A. G. B.

Pfandrechtsklausel.

An sich gewährt das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs (§ 397 H. G. B.) den Banken schon verhältnismäßig weitgehenden Schutz. Voraussetzung des Pfandrechts nach § 397 ist das Bestehen eines Anspruchs des Kommissionärs aus dem Kommissionsverhältnisse oder einer Forderung aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften. Den Banken ist aber damit noch nicht gedient. Sie brauchen Sicherung für alle ihre Forderungen in gleicher Weise, der Umfang des haftenden Gutes muß ein möglichst weiter sein, und

[164]) R. G. i. B. A. 13/228.
[165]) B. A. 26/29.

schließlich muß die Realisierung des Pfandrechts erleichtert werden. In diesem Sinne haben die Banken durchweg in ihren Gesch. Bedingungen mit geringen Abweichungen folgende Klausel aufgestellt:

„Alle im In- und Ausland ruhenden Wertpapiere des Kunden, einschl. der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, sowie sonstige Werte jeder Art, insbesondere Wechsel, Schecks, Konnossemente, Lager-, Ladescheine, Waren, Forderungen, Hypotheken etc., welche aus irgend einem Anlaß in den Besitz oder Mitbesitz der Bank gelangen und nicht als fremdes Eigentum bezeichnet sind, dienen der Bank als Pfand für die bestehenden und künftigen auch bedingten Forderungen der Bank, aus welchem Rechtsgrunde sie auch entstanden oder auf die Bank übergegangen sein mögen. An den der Bank als fremd bezeichneten Werten steht ihr ein Pfandrecht nur wegen derjenigen Ansprüche zu, die bezüglich dieser Werte entstanden sind. Von dem Pfandrecht sind ausgenommen die im Inland ruhenden, nicht mit einem Deutschen Reichsstempel versehenen Wertpapiere."

Durch diese allgemeine Erklärung, die der Kunde z. B. zur Erlangung von Vorschüssen auf Grund eines Effektendepots meist nochmal gesondert unterschreiben muß, sind alle Wertobjekte verpfändet, die durch formlose Einigung und Uebergabe verpfändet werden können.

Diese Pfandrechtsvereinbarung bildet, wie bereits früher ausgeführt, auch nach Anschauung des R. G. einen Vertrag.

Es ist zu untersuchen, ob durch diese Klausel ein so weitgehendes Pfandrecht gültig vereinbart werden kann.

Gem. §§ 1204, 1273 B. G. B. kann ein Pfandrecht an beweglichen Sachen und übertragbaren Rechten (§ 1274) bestellt werden.

Da die Pfandobjekte genügend bestimmt bezw. bestimmbar in der Klausel aufgeführt sind, besteht diesbezüglich an der Wirksamkeit der Klausel kein Zweifel. Für die Bestimmbarkeit genügt es, wenn es heißt, daß das Pfandrecht an allen Sachen, Forderungen etc. entstehen soll, die im Lauf der Geschäftsverbindung in den Besitz der Bank gelangen. Es ist zulässig, daß nicht nur die z. Z. der Annahme der Bedingungen in dem Besitz der Bank befindlichen, sondern auch die erst künftig in den Besitz gelangenden Wertobjekte verpfändet werden sollen.[166]) Erforderlich ist nur das Fortbestehen des Verpfändungswillens.

Das Pfandrecht entsteht natürlich immer erst dann, wenn die Bank die dem Kunden gehörigen Wertgegenstände erhält oder bei Anschaffung für den Kunden auf diesen das Eigentum übertragen hat.

Die zur Pfandbestellung gem. § 1205 B. G. B. erforderliche Einigung kann von dem Kunden mit Rechtswirkung schon im Voraus erklärt werden. Sie braucht nicht mit dem Besitzerwerb durch den Pfandgläubiger zeitlich zusammenzufallen. Es ist ohne rechtliche Bedeutung, ob die Einigung dem Besitzerwerb vorangeht oder nachfolgt, ebenso ob die Einwilligung des Eigentümers zum Besitzwechsel der Erlangung der tatsächlichen Gewalt vorangeht oder nach-

[166]) R. G. i. Jur. Woch. 1907/849, R. O. H. G. 15/421, 19/83, Staub-Koenige, § 368,2 Dür.-Hach. Vorbem. § 368 Anm. 7.

folgt oder an eine Bedingung geknüpft ist.[167]) Es kann daher auf Grund der Einigung bei dem Anerkenntnis der A. G. B. für die Bank das Pfandrecht auch an Objekten entstehen, die erst später vielleicht gegen den Willen oder ohne Wissen des Kunden durch einen Dritten oder durch Zufall in den Besitz der Bank gelangen, in dem Augenblick, in dem sie die Verfügungsmacht erlangt.[168]) Das Pfandrecht gilt auch gegenüber den Erben des Kunden.

Daß ein Pfandrecht auch für künftige, betagte und bedingte Forderungen bestellt werden kann, ist bereits im § 1204,2 B. G. B. festgelegt. Doch müssen die Parteien in dem Verpfändungsvertrag die Entstehung einer bestimmten Forderung bereits als eine künftig mögliche vorgesehen haben. Als solche genügt die Pfandbestellung für alle dem Gläubiger aus dem beiderseitigen Geschäftsverkehr entstehenden Forderungen.[169]) Es verstößt somit nicht gegen die guten Sitten, wenn die Bank sich eine Sicherheit für ihre sämtlichen Forderungen bestellen läßt.[170])

Auch die vertragliche Pfandbestellung muß in den Grenzen der gesetzlichen Formvorschriften bleiben. Soweit Schriftlichkeit oder notarieller Vertrag erfordert wird, ist eine allgemeine Verpfändung von vornherein nicht möglich.

Die Einschränkung, daß an fremden Wertpapieren ein Pfandrecht nur für solche Forderungen entstehen kann, die mit ihnen im Zusammenhang stehen, entspricht der Vorschrift des § 8 des Depotgesetzes.[171])

Einige Banken bedingen sich in ihren A. G. B. auch ein Pfandrecht am Inhalt des Schließfaches aus. Im allgemeinen wird man ein derartiges Pfandrecht als zu weitgehend betrachten müssen. Der Bankier hat allerdings ein Pfandrecht am Inhalt des Schließfaches auf Grund des Mietvertrages,[172]) jedoch nur für seine Forderungen aus dem Safevertrag. (§ 559 B. G. B.) Eine solche Bestimmung aber nähert sich schon bedenklich einem Mißbrauch der Monopolstellung, die die Banken in dieser Beziehung zweifellos innehaben. Die Vereinbarung solch eines Pfandrechtes ist mit dem Vertragszweck des Safevertrags kaum vereinbar und kann daher als von den Parteien

---

[167]) R. G. i. Jur. Woch. 1905/290, Warn. Rechtspr. 1912/433, Staudinger, § 1205, lg., Staub-Koenige, § 368 Anm. 8, K. G. i. Jur. Woch. 1925/1523 erläut. v. Dr. Bernstein. Das K. G. drückt sich dahin aus, daß Willenseinigung und Besitzübertragung gleichzeitig sein müssen, nur daß eine frühere auf Pfandbestellung gerichtete Willenseinigung als bis zur Uebergabe fortbestehend vermutet werden müßte.

[168]) R. G. E. 84/1 ff.

[169]) Staub-Koenige, § 368,7, R. G. E. 84/5, 78/27, R. G. i. Jur. Woch. 1911/367, R. G. i. B. A. 22/180.

[170]) R. G. E. 113/428.

[171]) Riesser, Depotgesetz § 8.

[172]) Als solcher wird d. Safevertr. neuerdings von Literatur, Rechtspr. u. auch von d. Banken angesehen. R. G. E. 94/74, R. G. i. Jur. Woch. 1918/777, Eneccerus, § 349,1 Planck, § 535 Anm. 2 u. § 580 Anm. 2, Staub-Koen. Anh. z. § 424 Anm. 5.

nicht gewollt angesehen werden.[172]) Zur Begründung eines derartigen Pfandrechtes wäre wenigstens eine ausdrückliche Vereinbarung in den besonderen Safebedingungen erforderlich.

Neben der vertraglichen Erweiterung des Pfandrechts behalten sich die Banken noch ein wesentlich erleichtertes Pfandwertungsrecht vor. Die Bestimmung in den A. G. B. hat mit geringen unwesentlichen Unterschieden folgenden Wortlaut:

„Die Bank ist im Falle des Verzuges des Kunden in bezug auf teilweise oder vollständige Zahlung ihrer Forderung oder Stellung oder Verstärkung der Sicherheiten, welche die Bank jederzeit verlangen darf, ohne weiterer Aufforderung, Fristbestimmung, sowie Androhung des Verkaufs berechtigt, die Pfandstücke aller Art zu einem beliebigen Zeitpunkte und an einem ihr geeignet erscheinenden Orte auf einmal oder nach und nach zwecks Befriedigung gemäß §§ 1221, 1235 B. G. B. nach billigen Ermessen zu verkaufen. §§ 1237,2 u. 1238 B. G. B. finden keine Anwendung. Auch ist der Kunde nicht berechtigt, Abweichungen von der regelmäßigen Art des Pfandverkaufes zu fordern."

Durch diese die Pfandverwertung erheblich erleichternden Bestimmungen werden sämtliche verzichtbaren Vorschriften des B. G. B. und H. G. B. außer Kraft gesetzt. Die Banken machen ausgiebig von der Möglichkeit des § 1245 B. G. B., daß Eigentümer und Pfandgläubiger eine von den Vorschriften der §§ 1234—1240 B. G. B. abweichende Art des Pfandverkaufes vereinbaren können, Gebrauch. Voraussetzung ist die Fälligkeit der Forderung und zwar einer Geldforderung. (§ 1228,2 B. G. B.) Der Verzug des Kunden setzt Fälligkeit der Forderung und Mahnung seitens des Gläubigers voraus. (§ 284 B. G. B.)

Zum Schutz des Eigentümers sind jedoch gewisse Grenzen dieser erweiterten Pfandverwertung gesetzt in den Vorschriften des § 1245,2 B. G. B. Danach muß der Pfandverkauf in öffentlicher Versteigerung stattfinden, (§ 1235) Zeit und Ort der öffentlichen Versteigerung müssen öffentlich bekanntgemacht sein. (§ 1237,1) Der Verkauf von Wertpapieren mit Börsen- oder Marktpreis muß durch einen öffentlich ermächtigten Makler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zum laufenden Preise bewirkt werden. (§ 1221) Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Metallwert zugeschlagen werden. (§ 1240,1)[174])

Zurückbehaltungsklausel.

Neben der Pfandrechtsklausel enthalten die A. G. B. der Banken meist noch eine Zurückbehaltungsklausel folgenden Inhalts:

„Die Bank darf Leistungen, die sie dem Geschäftsfreund schuldet, sowie alle Vermögensgegenstände, die sie von ihm im Besitz hat, bis zur Befriedigung ihrer fälligen Ansprüche gegen den Geschäftsfreund zurückbehalten und, soweit gesetzlich zulässig, ver-

[173]) Siehe auch O. L. G. Dresden i. B. A. 12/335.
[174]) Jur. Woch. 1927/1687, Leipz. Zeitschr. 1927/1339.

werten, auch wenn Forderung und Verbindlichkeit nicht aus dem gleichen rechtlichen Verhältnis herrühren."

Dieses Zurückbehaltungsrecht ist lediglich ein Sicherungsmittel, soweit an einer Sache ein Pfandrecht nicht entstehen kann, z. B. an einer Versicherungspolice ohne Abtretung der Forderung gegen die Gesellschaft.

Die Bank hat an sich bereits gemäß § 369 H. G. B. wegen fälliger Forderungen, die ihr gegen einen Kunden (Kaufmann) aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Wertpapieren des Kunden, die mit dessen Willen und auf Grund von Handelsgeschäften in ihren Besitz gelangt sind. Konnexität der beiden Ansprüche ist nicht erforderlich.

Dies Zurückbehaltungsrecht besteht aber nur, wenn beide Teile Kaufmannseigenschaft haben und das Geschäft für beide Teile ein Handelsgeschäft darstellt. Das Geltungsgebiet ist also ziemlich beschränkt. Im Verkehr der Bank mit ihren nichtkaufmännischen Kunden würde nur das bedeutend schwächere Zurückbehaltungsrecht des B. G. B. (§ 273) gelten. Da dies nicht genügenden Schutz bietet, vereinbaren die Banken in ihren Bedingungen eben ein solches weitergehendes Zurückbehaltungsrecht. Es wird vor allem das Erfordernis der Konnexität der beiderseitigen Verpflichtungen (§ 273) aufgehoben, obgleich diese schon aus der dauernden Geschäftsverbindung des Kunden mit dem Bankier grundsätzlich hergeleitet werden kann. Das R. G. hat demgemäß auch in einer Entscheidung vom 3. 2. 1912 [175]) die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden grundsätzlich als genügend zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechtes gem. § 273 B. G. B. angesehen. Danach kann die dauernde Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden im allgemeinen ein Anzeichen dafür sein, daß der in § 273 vorausgesetzte Zusammenhang zwischen Anspruch und Gegenanspruch besteht; es dürfen nur nicht die besonderen Umstände des einzelnen Falles ausdrücklich dagegen sprechen. [176])

Dieses vertragliche Zurückbehaltungsrecht dient nur indirekt zur Befriedigung der Bank. Wird sie wegen ihrer Forderung nicht befriedigt, so ist sie nicht berechtigt, die zurückbehaltene Sache zu verwerten und sich aus deren Erlös zu befriedigen, sondern sie muß auf Erfüllung oder Gestattung der Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstand gegen den Kunden klagen. [177]) Sie darf Befriedigung nur auf Grund eines Urteils oder eines anderen vollstreckbaren Titels suchen. Durch Parteivereinbarung kann auf den vollstreckbaren Titel nicht verzichtet werden. [178])

Die Zurückbehaltungsklausel hat ebenso wie die Pfandklausel bereits bei Annahme der A. G. B. Vertragscharakter, da das Zurückbehaltungsrecht sich auf alle Leistungen erstrecken soll, also auch auf die, deren Rechtsgrund ohne Wissen und vielleicht gegen den Willen des Kunden entstanden ist.

---

[175]) B. A. 11/342.
[176]) Planck, a. a. O. Anm. § 273.
[177]) § 371 H. G. B. [178]) Staub-Koenige, § 371 Anm. 28.

Rücktrittsklausel.

Als weitere Sicherung behalten sich die Banken die jederzeitige Auflösung der Geschäftsverbindung vor. Das gilt selbst bei vereinbarter Kündigungsfrist, wenn eine wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage des Kunden vorliegt. An sich geben schon die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 321, 325, 610 B. G. B. 355 H. G. B. ein gewisses Rücktrittsrecht.

Nach § 355,3 H. G. B. kann der Kontokorrentvertrag im Zweifel auch während der Dauer einer Rechnungsperiode jederzeit gekündigt werden. Eine Ausnahme für diese Regel gilt dann, wenn mit dem Kontokorrentvertrag eine Kreditgewährung verbunden ist. Nach der Denkschrift zum H. G. B.[179]) kann der Kontokorrentvertrag nicht jederzeit gekündigt werden, wenn zugleich Kredit in laufender Rechnung gewährt wird, sondern nur dann, wenn der Krediteinräumungsvertrag gekündigt werden kann und auch gleichzeitig gekündigt wird. Ein solcher Kreditvertrag kann vorzeitig gekündigt werden, wenn die Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers sich wesentlich verschlechtern.[180])

Diese gesetzlichen Rücktrittsmöglichkeiten setzen immer einen gegenseitigen Vertrag, sei es in diesem Falle Kontokorrentvertrag oder Kreditvertrag, voraus. Die Klausel in den A. G. B. soll aber mehr bedeuten. Die gesamte Geschäftsverbindung und damit alle laufenden Geschäfte sollen fristlos gelöst werden können. Dabei ist unter Geschäftsverbindung jede geschäftliche Beziehung eines Bankiers zu einem Dritten zu verstehen. Die Eröffnung eines Kontos ist nicht erforderlich, es genügen z. B. schon Verhandlungen über die Einräumung eines Kredits, über den An- und Verkauf von Wertpapieren, Kreditzusagen und Aehnliches.

Mit der Bestimmung in der Klausel, daß bestehende Geschäftsverbindungen jeder Zeit nach freiem Ermessen aufgehoben werden können, soweit keine Kündigungsfrist vereinbart, ist auch eine Kreditzusage ohne die Voraussetzung der §§ 321, 610 B. G. B. kündbar. Die Bank hätte sonst den oft sehr schwer zu erbringenden Nachweis einer wesentlichen Verschlechterung zu führen.[181]) Außerdem entspricht es einer Verkehrssitte bei den Banken, falls nichts anderes vereinbart, Kredite nur als jederzeit kündbar zu geben.[182])

Aus diesem Zweck, jede Geschäftsverbindung, auch nur die Verhandlungen über Krediteinräumung, lösen zu können, geht hervor, daß diese Klausel nur als Vertrag gewollt sein kann.

---

[179]) H. G. B. nebst Denkschrift, a. a. O. S. 198.
[180]) §§ 321, 610 B. G. B., R. O. H. G. 23/137, O. L. G. Hamburg im B. A. 6/14.
[181]) R. G. i. B. A. 16/14.
[182]) R. G. i. B. A. 16/343.

§ 12.
Haftungs-, Depot- und Vollmachtsklauseln.

Haftungsklauseln.

Die Banken beschränken in ihren A. G. B. für verschiedene Tatbestände im Verkehr mit der Kundschaft ihre Haftung. Eine solche Haftungsbeschränkung ist gemäß § 276,2 B. G. B. für jede Fahrlässigkeit schlechthin zulässig, bei Erfüllungsgehilfen sogar gem. § 278,2 B. G. B. auch für Vorsatz.[183])

Die Rechtsprechung erkennt die Zulässigkeit einer derartigen Freizeichnung auf Grund der Vertragsfreiheit mit der Einschränkung an, daß die Freizeichnung nicht zu einer Rechtlosmachung der Gegenkontrahenten führen und nicht gegen die guten Sitten verstoßen darf. Solche Entrechtung der Kundschaft ist vor allem bei weitgehender Haftungsbeschränkung unter sittenwidriger Ausnutzung einer Monopolstellung gegeben.[184])

Es kann also die Bank in ihren A. G. B. an sich jede Haftung, außer für eigenen Vorsatz ausschließen.[185]) Im Einzelfall kann aber auch ein erlaubter Haftungsausschluß, da infolge einseitiger Ausnutzung einer Monopolstellung sittenwidrig, unzulässig sein.

Verlangt wird für die Rechtsgültigkeit einer solchen vertraglichen Haftungsbeschränkung eine klare und deutliche Fassung, damit für die Kunden kein Zweifel an ihrer Bedeutung entstehen kann, weil die Vereinbarung eine entscheidende Abänderung allgemeiner Rechtsgrundsätze bedeutet.[186])

Größte Bedeutung unter diesen Haftungsbeschränkungen hat die Klausel, die jede Haftung für Auskunft, Rat und Empfehlungen ausschließt. Sie ist in allen A. G. B. enthalten und differiert nur dahin, daß die einen jede Haftung schlechthin, die anderen die Verantwortlichkeit, auch die Haftung aus §§ 276 u. 278 B. G. B. ausschließen.

Bei der Bewertung dieser Klausel ist von vornherein zu unterscheiden, ob ein Vertragsverhältnis vorliegt oder nicht.

Nach § 676 B. G. B. wird nur für Schaden aus einer auf Grund eines Vertragsverhältnisses erteilten Auskunft gehaftet. Ausgenommen ist der Fall, daß ein Verstoß gegen die Vorschriften der unerlaubten Handlung gemäß §§ 823 ff B. G. B. vorliegt, also im Falle des arglistigen Handelns des Auskunfterteilenden. (§ 826 B.G.B.)[187])

Ein Vertragsverhältnis ist noch nicht allein in dem Bestehen einer losen Geschäftsverbindung zu erblicken, sondern erst in dem auf Grund einer Geschäftsverbindung entstandenen Vertrauensverhältnisses zwischen Bank und Kunden.[188]) Diese Geschäftsverbindung geht dann auch auf Erteilung von Ratschlägen; ein im Rahmen

---

[183]) R. G. E. 20/115, R. G. i. Jur. Woch. 1920/774.
[184]) R. G. E. 99/109, 102/397, 103/84, 106/388, Staub, Anh. § 346,36.
[185]) R. G. E. 20/190, 89/8.
[186]) R. G. E. 92/54, Stiglitz, B. A. 28/62.
[187]) R. G. i. B. A. 27/10.
[188]) R. G. E. 27/121.

einer solchen Gesch. Verbind. erteilter Rat ist als vertragsmäßiger aufzufassen.[189]) Die erteilte Auskunft oder der erteilte Rat muß sich selbstverständlich auf die beiderseitige Geschäftsverbindung beziehen, also vor allem bei einer Beratung über den An- oder Verkauf von Wertpapieren etc. Es darf ein solcher verantwortlicher Rat nicht gelegentlich solcher Geschäfte erteilt werden, die mit der Art der Geschäftsverbindung nichts zu tun haben.[190])

Innerhalb eines Vertragsverhältnisses haftet der Bankier gem. § 276 B. G. B. u. § 384 H. G. B. für die Richtigkeit seiner Auskunft in dem Sinn, daß er nach bestem Wissen unter Anwendung der erforderlichen kaufmännischen Sorgfalt den Rat richtig erteilt.[191]) Bei Verletzung dieser Vertragspflicht ist er nach den Grundsätzen des B. G. B. zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet.[192])

Diese Haftung können nun die Banken im Rahmen des § 276,2 B. G. B. ausschließen; sie tun es auch alle durch die oben erwähnte Klausel. Wenn darin j e d e Haftung ausgeschlossen wird, so hat das keine Geltung für die Freizeichnung von eigenem Vorsatz.[193]) Im Bankverkehr gilt das für die Inhaber von Bankgeschäften (Privatbankiers) und auch für die Organe der Banken in Gestalt von juristischen Personen, die Geschäftsleiter etc.[194]) Für untergeordnete Angestellte aber ist jeglicher Haftungsausschluß, auch für Vorsatz selbst im Falle einer Monopolstellung zulässig.[195])

In einer weiteren Klausel beschränken die Banken ihre Haftung für Ausführung von Aufträgen, soweit es ihnen mit den Mitteln ihrer jeweiligen Einrichtung zugemutet werden kann. Diese Bestimmung geht noch auf die Inflationszeit zurück. Die Bank will damit bei einem Umschwung der Verhältnisse, die eine außerordentliche Inanspruchnahme des Bankbetriebes mit sich bringen, ihr Risiko auf normaler Basis halten.

Aehnliche Bedeutung ist einer anderen Klausel beizumessen, wonach die Bank die Haftung für den Schaden ausschließt, der aus Verzögerungen oder Fehlleitungen von Ueberweisungen, Gutschriften, Zahlungen etc. entsteht, sofern er nur mit der Wertänderung begründet wird. Auch diese Bestimmung hat ihre Grundlage in der Inflation. Bei der damaligen Rechtslage konnten die Kunden die Bank für jede bei Ausführung von Aufträgen zu Tage tretende Verzögerung unter dem Gesichtspunkt der Schuldnerpflichtverletzung haftbar machen. Die Banken waren daher gezwungen, um sich gegen allzugroße Inanspruchnahme besonders bei Geldentwertungsschäden zu sichern, derartige Bestimmungen aufzustellen.

---

[189]) R. G. E. 27/124, 65/141, Staub-Koenige, § 349 Anm. 18.
[190]) R. G. i. Jur. Woch. 1907/363, Staub-Koenige, § 349 Anm. 19.
[191]) Ehrenberg, B. 5,1 S. 735, Müller-Erzbach, a. a. O. S. 651.
[192]) R. G. E. 67/395, R. G. i. B. A. 4/209, 15/55, 11/61, Jur. Woch. 1910/183, 1911/809, Leipz. Zeitschr. 1916/320.
[193]) § 276.2 B. G. B., R. G. E. 20/190, 89/8.
[194]) R. G. E. 62/266, 68/358, 99/107, 102/397, 103/82, 106/388.
[195]) § 278 B. G. B., R. G. i. Jur. Woch. 1920/774.

Die Haftungsbeschränkung für nicht ordnungsgemäße Ausführung eines Auftrages kann die Bank durch öffentlich bekanntgemachte A.G.B. ausschließen. [196])

Schließlich findet sich in den A.G.B. noch eine letzte Klausel ähnlichen Ursprungs, in der Haftung für Schäden ausgeschlossen wird, die durch Störungen des Bankbetriebes infolge Aufruhrs, Streiks, Aussperrungen oder Verfügungen von hoher Hand [197]) veranlaßt sind. Diese Bestimmung wurde im Februar 1919 von der Stempelvereinigung der Berliner Großbanken mit Rücksicht auf die damaligen politischen Verhältnisse vorgeschlagen und demgemäß beinahe in allen A.G.B. eingefügt. Sie ist ebenso wie die beiden vorhergehenden Klauseln beibehalten worden mit Rücksicht auf die zum Teil noch immer bestehende Unsicherheit im Wirtschaftsleben.

Zusammenfassend ist zu bemerken, daß die haftungsbeschränkenden Klauseln, die sich heute in den A.G.B. der Banken finden, allgemein berechtigt und juristisch einwandfrei sind.

Depotklauseln.

Die A.G.B. enthalten eine Reihe von Bestimmungen über die Behandlung von Wertpapieren. Neben reinen Verwaltungsvorschriften treffen die Banken noch Sonderabreden.

So bedingen sie sich mangels besonderer Weisung die Ermächtigung aus, die für den Kunden angeschafften Wertpapiere im Sammeldepot der Effenktenzentrale verwahren zu dürfen. Die Einrichtung des Sammeldepots, hervorgegangen aus der Bemühung des Bankgewerbes nach Rationalisierung des Effektenverkehrs hat erst auf Grund der Verordnung vom 21. 11. 1923 zum Depotgesetz in den letzten Jahren eingesetzt. An allen Wertpapierbörsenplätzen des Reiches sind unter Mitwirkung der örtlichen Bankinstitute diesem Zweck dienende Verwahrungsinstitute (Kassenvereine) entstanden, die sich zu der „Arbeitsgemeinschaft Deutscher Effekten-Girobanken" zusammengeschlossen haben.

Das Wesen des Sammeldepots besteht darin, daß der Verwahrer befugt ist, gleichartige vertretbare Wertpapiere verschiedener Hinterleger derartig miteinander zu vermischen, daß jeder Einlieferer nicht ein Recht auf Rückgabe der von ihm eingelieferten Nummern hat, sondern nur ein Recht auf Rücklieferung seines Anteils an dem Sammeldepot. Während der Dauer der Verwahrung haben die Hinterleger nur ein anteiliges Miteigentum am gesamten Sammeldepot. [198])

Diese Ermächtigung der Bank kann formlos, also durch eine Klausel in den A.G.B. geschehen. Der sonst verlangten ausdrücklichen und schriftlichen Ermächtigung für die einzelnen Geschäfte gemäß § 2 D.G. bedarf es hier hier nicht; denn eine Ermächtigung zur Rückgabe gleichartiger Wertpapiere setzt voraus, daß der

---

[196]) O. L. G. Düsseldorf i. Jur. Woch. 26/6090.
[197]) z. B. Notverordnungen.
[198]) Staub-Koenige, § 424,58, Riesser, a. a. O. S. 116.

Kunde bereits Sondereigentum an bestimmten Stücken erworben hat. Das ist aber hier nicht der Fall. Wenn der Bankier allerdings bereits durch Besitzkonstitut oder die Uebersendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an bestimmten Stücken auf den Kunden übertragen hat, dann bedarf die Einreihung der Stücke in das Sammeldepot der ausdrücklichen Ermächtigung des § 2 Dep. Ges. (Riesser, a. a. O. S. 154).

Weiter behalten sich die Banken die Berechtigung vor, die angeschafften Wertpapiere auf Stückekonto gutzuschreiben, anstatt sie für den Kunden in Verwahrung zu nehmen. Der Kunde erwirbt dann kein Eigentum an den Wertpapieren, sondern nur ein obligatorisches Recht auf Herausgabe von Stücken gleicher Art. Das hat für den Kunden große Bedeutung im Falle des Konkurses der Bank. Bei Depot hat der Kunde ein Aussonderungsrecht, bei solchem Anspruch auf Lieferung nur eine gewöhnliche Konkursforderung. Die Lage des Kunden wird anders bei Uebersendung eines Stückeverzeichnisses an ihn. Der Kunde hat ein gesetzliches Recht, gegen Zahlung des Kaufpreises ein Stückeverzeichnis nach Maßgabe des § 3 Dep. Ges. zu verlangen. Mit der Uebersendung des Verzeichnisses geht dann das Eigentum gem. § 7,1 Dep. Ges. auf den Kunden über.

Dieses Recht des Kunden auf Uebersendung des Stückeverzeichnisses bleibt durch die Abrede in den A.G.B. unberührt. Die Bank trifft aber gleich die weitere nach § 3 Dep. Ges. gültige Abrede, dem Kunden an Stelle des Stückeverzeichnisses die Stücke selbst herauszugeben oder den Herausgabeanspruch an eine zur Verwahrung der Stücke bestimmte dritte Stelle abzutreten.

Eine derartige Vereinbarung kann in allen Fällen formlos, also auch durch A.G.B. getroffen werden.

Bei Ausübung des Bezugsrechtes hat die Bank binnen 2 Wochen nach Empfang der neuen Stücke ein Nummernverzeichnis zu übersenden, falls sie nicht die Stücke selbst aushändigt. Wenn sie das nicht tut, verliert sie das Recht auf Provision. Die Banken bedingen sich in einer Klausel den Verzicht auf die Einhaltung dieser in § 5 Dep. Ges. vorgesehenen Frist aus.

Da die Bank zum selbständigen Verkauf des Bezugsrechtes ohne Genehmigung des Kunden nicht berechtigt ist, behält sie sich in den A.G.B. ausdrücklich die Berechtigung dazu mangels anderweitigen Bescheides vor. Dieser Vorbehalt ist gültig.[199])

Vollmachtsklausel.

Die Banken erwirken sich durch eine Bestimmung in den A.G.B. die Ermächtigung zur Wahrnehmung der Interessen der Kunden in Generalversammlungen, insbesondere zur Ausübung des Stimmrechts aller bei ihr im Depot [200]) ruhenden Aktien und sonstigen

---

[199]) R. G. i. B. A. 16/429.

[200]) Bei Stückekonto ist die Rechtslage eine ganz andere. Da die Bank Eigentümerin ist, so steht ihr auch ohne besondere Ermächtigung das Stimmrecht zu.

Urkunden über Gesellschaftsrechte, soweit nicht rechtzeitig eine andere Weisung erfolgt.

Diese Klausel ist auf § 318 H.G.B. zurückzuführen, wonach die unbefugte Vertretung und Ausübung des Stimmrechts in Generalversammlungen strafbar ist.

Das Stimmrecht ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Verwahrungsvertrag, es setzt vielmehr eine besondere Ermächtigung des Hinterlegers voraus. Diese Ermächtigung sichern sich die Banken widerruflich durch die Klausel in den A.G.B. Eine solche geschäftsbedingungsmäßige Ermächtigung ist keine Vollmacht im Sinne des § 252,2 H. G. B. Die Bank tritt nicht im Namen des Kunden, sondern im eigenen Namen, wenn auch im Interesse des Kunden in der Generalversammlung auf. Die Ermächtigung stellt also nur eine Einwilligung im Sinne der §§ 183, 185,1 B.G.B. zum Gebrauch der Legitimation dar. [201]) (Legitimationsübertragung).

Soweit man in der Legitimationsübertragung aber doch eine Bevollmächtigung, im Namen des Kunden abzustimmen, gem. § 252 Abs. 2 H.G.B. erblicken könnte, wäre diese allgemeine Vollmachtserteilung nichtig; denn die vom Kunden unterzeichneten (nicht immer zutreffend) Schriftstücke enthalten nicht den wesentlichen rechtlichen Inhalt der Willenserklärung (Bevollmächtigung), deren schriftliche Niederlegung das Gesetz verlangt. [202])

Gegen die Zulässigkeit dieser Legitimationsübertragung könnten auch Bedenken entstehen aus § 2,1 Dep. Ges., wonach die Gültigkeit der Ermächtigung des Verwahrers, „über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügung", bei solchen Kunden, die nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreiben, von einer für das einzelne Geschäft ausdrücklichen schriftlichen Erklärung abhängig gemacht wird. Es trifft aber gar nicht zu, daß der Verwahrer zu seinen Gunsten über die Papiere verfügt. Es besteht hinsichtlich der Ausübung depotrechtliche Gebundenheit; die Ermächtigung geht regelmäßig nicht dahin, daß der Verwahrer das Stimmrecht im eigenen Interesse ohne Rücksicht auf die Interessen des Hinterlegers verwenden darf. [203]) Außerdem stellt die Ausübung des Stimmrechts nicht eine Verfügung über die Aktie selbst dar, durch die die Gläubigerrechte des Kunden verletzt werden könnten. [204]) Die herrschende Meinung lehnt es auch ab, diese Vorschrift des Dep. Ges. auf die Legitimationsübertragung anzuwenden. [205])

Die Zulässigkeit einer derartigen Ligitimationsübertragung durch eine Klausel in den A.G.B. ist von Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt worden. [206])

---

[201]) R. G. E. 111/405, 105/290, B. A. 26/367, Flechtheim, Jur. Woch. 1925/509, Riesser, a. a. O. S. 61, Gieseke, Aktienstimmrecht d. Bank. S. 20, Staub, § 252 Anm. 8 u. 27a.

[202]) R. G. E. 105/290.

[203]) Riesser, a. a. O. S. 61.

[204]) Staub-Koenige, § 252 Anm. 8.

[205]) Staub-Koenige, § 252 Anm. 8, Sontag, Aktienges. i. Kampf zwisch. Macht u. Recht S. 42, Gieseke, a. a. O. S. 20.

[206]) R. G. E. 30/50, 40/80, 60/172,118/330, R. G. i. B. A. 20/213, 24/486.

Da die Bestimmung alle Aktien des Kunden umfaßt, auch die z. Z. der Vereinbarung der A. G. B. im Besitz der Bank befindlichen, so hat sie also bereits bei der Annahme der A.G.B. selbständigen Vertragscharakter, wie es ja in den verschiedenen bereits erwähnten R. G.-Entscheidungen zum Ausdruck gekommen ist. [207])

§ 13.
Selbsteintritts- und Eigenhändlerklausel.

In allen Gesch. Bed. der Banken findet sich die Klausel, daß alle Kommissionsaufträge zum An- und Verkauf von Wertpapieren oder Zahlungsmitteln, für die an der Börse amtliche Werte festgestellt werden, wenn nichts anderes vereinbart, durch Selbsteintritt ausgeführt werden, ohne daß es der in § 405 H.G.B. geforderten ausdrücklichen Erklärung bei der Ausführung des einzelnen Auftrages bedarf. Die Kunden sollen daher durch Anerkennung der Bedingungen ein für alle Mal auf Abgabe dieser Erklärung verzichten.

Die Bank handelt als Kommissionär; sie hat dementsprechend nach §§ 383 ff. H.G.B. auch die Pflichten und Rechte eines solchen. Unter gewissen Voraussetzungen kann die Bank beim Abschluß des aufgegebenen Geschäfts dem Auftraggeber (Kommittenten) sich selbst als Gegenpartei erbieten. (§ 400 H.G.B.) Voraussetzung ist, daß es sich um eine Kommission zum Ein- oder Verkauf von Waren handelt, die einen Marktpreis haben, oder von Wertpapieren, für die ein Marktpreis amtlich festgestellt wird, und daß der Kommittent nichts anderes bestimmt hat.

In der verhältnismäßigen Unkontrollierbarkeit des selbsteintretenden Kommissionärs liegt an sich eine Gefahr für den Kommittenten. Aus diesem Grunde ist in anderen Ländern (England, Frankreich, U.S.A.) dem Kommissionär die Befugnis zum Selbsteintritt versagt. Man will dadurch eine Interessenkollission vermeiden. [208]) In Deutschland dagegen ist der Selbsteintritt zu einem der wichtigsten Faktoren im Börsenterminhandel geworden. —

Der Selbsteintritt kann aber auch bei amtlich nicht notierten Werten vereinbart werden, da § 402 H.G.B. den § 400,1 nicht außer Kraft setzt. [209])

Auch bei Selbsteintritt bleibt der Charakter des Kommissio-

Warn. Rechtspr. 1920/52, 1920/173. — Staub-Koenige, § 222 Anm. 16—25, § 223 Anm. 17—22, § 252 Anm. 8—22, Müller-Erzbach, a. a. O. S. 290, Riesser, a. a. O. 61, Gieseke, a. a. O. S. 16, Sontag, a. a. O. S. 42.

---

[207]) Staub-Koenige, § 346 Anm. 17, R. G. E. i. Entsch. 2, 5, 6, 7, 8, 9, in § 9 der Abhandlung.

[208]) Ehrenberg, Band 4,2 S. 601, Müller-Erzbach, a. a. O. S. 668.

[209]) Staub-Koenige, § 400 Anm. 5, Ehrenberg, Schmidt-Rimpler, S. 1002, Düringer-Hach. a.a.O. § 400 Anm. 25, R. G. E. 53/368, 80/102, 96/7.

närs insofern gewahrt, als der Bankier der Vertrauensmann seines Auftraggebers bleibt. [210])

Nach § 405 H.G.B. muß der Kommissionär bei Ausführung der Kommission ausdrücklich bemerken, daß er selbst eintreten wolle. Diese Selbsteintrittsanzeige sichert sich die Bank generell durch die Klausel in den A.G.B. Hat sie dies allgemein erklärt, so bedarf es bei der Ausführungsanzeige einer ausdrücklichen Erklärung nicht mehr, da die Ausführungsanzeige dann die Selbsteintrittserklärung ohne weiteres in sich schließt. [211]) Denn auch die Vorschrift des § 405,1 H.G.B. ist nicht zwingendes Recht.

Die Bank verschafft sich durch diese Klausel eine Erleichterung der Rechenschaftspflicht gem. § 400,2 H.G.B. Sie wird auch dadurch der in § 8 Dep. Ges. geforderten Anzeigepflicht, daß die Wertpapiere fremde sind, enthoben. [212])

----In einer weiteren Klausel erklärt die Bank, bei amtlich nicht notierten Wertpapieren als Eigenhändlerin auftreten zu wollen. Das hat die Bedeutung, daß die Bank im eigenen Namen und auf eigene Rechnung kauft und verkauft. Der Unterschied zwischen Selbsteintritt und Eigenhandel besteht darin, daß beim Selbsteintritt das Treueverhältnis zwischen Bank und Kunden das gleiche bleibt wie bei der Kommission, was beim Eigenhandel an sich nicht zutrifft.

Im allgemeinen ist die Eigenhändlerklausel in den Gesch. Bed. geeignet, gegen den Bankier das Mißtrauen zu erwecken, daß es ihm nur darauf ankomme, sich den gesetzlichen Verpflichtungen des Kommissionärs zu entziehen. [213]) In amtlich notierten Werten ist daher der Eigenhandel auch nicht üblich. Soweit in den A.G.B. auch für solche Geschäfte der Eigenhandel vorgesehen ist, gilt diese Klausel als nicht ernst gemeint. Sie hat dann nur die Bedeutung eines Selbsteintritts. [214])

Amtlich nicht notierte Werte, Kuxe, Schuldverschreibungen etc. dagegen werden regelmäßig im Eigenhandel ge- und verkauft, weil der Kauf oder Verkauf stets zu einem festen Preise erfolgt. Das ist allgemein üblich, in den genannten Geschäften spricht sogar die Vermutung für den Eigenhandel. [215]) So ist z. B. an der Berliner Börse wie auch an den meisten anderen der Eigenhandel im Freiverkehr, d. h. in amtlich nicht notierten Werten, allgemein üblich. [216])

---

[210]) Obst, a. a. O. S. 189.

[211]) O. L. G. Hamburg i. B. A. 14/87, Leipz. Zeitschr. 1911/234, Müller-Erzbach, a. a. O. S. 669, Ehrenberg, Band 4,2 S. 612.

[212]) Riesser, a. a. O. S. 209.

[213]) Nußbaum, Holdh. Mon. 1910/8, Breit, B. A. 5/269.

[214]) Staub-Koenige, § 383 Anm. 9a, Riesser, a. a. O. S. 168, Düringer-Hachenburg, § 533 Anm. 21, Ehrenberg, B. 4,2 S. 592, Nußbaum, Komm. z. B. G. S. 371, R. G. i. B. A. 18/89, 14/87.

[215]) R. G. i. B. A. 26/184, Nußbaum, a. a. O. S. 371.

[216]) Staub-Koenige, Siehe 214).

Die Eigenhändlerklausel unterliegt daher keinen rechtlichen und tatsächlichen Bedenken, wie es auch allgemein anerkannt ist. [217])

Obwohl beim Eigenhandel an sich jede Partei nur ihre eigenen Interessen wahrzunehmen hat, so gilt doch im Verhältnis zwischen Bankier und Kunden eine Einschränkung. Der Kunde wendet sich vertrauensvoll an den Bankier als seinen Berater; aus dem Grunde hat daher das R.G. sich dahin entschieden, daß auch beim Eigenhandel der Bankier dem Kunden zur sorgfältigen Beratung verpflichtet ist. [218])

§ 14.
Schiedsgerichtsklausel.

Für Streitigkeiten aus Börsentermingeschäften vereinbaren einige Banken in ihren A.G.B. die ausschließliche Zuständigkeit eines aus Mitgliedern der ständigen Kommission des Zentralverbandes gebildeten Schiedsgerichtes.

Eine solche Schiedsgerichtsklausel ist rechtsgültig, da sie sich auf die Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis bezieht. (§ 1026 Z.P.O.) Das ist auch allgemein anerkannt. [219]) Streit besteht nur über den Rechtscharakter der Schiedsabrede.

Das R.G. spricht der Klausel die Natur eines selbständigen Vertrages ab, wie es in § 9 der Abhandlung umfassend ausgeführt ist. Es geht dabei von der Annahme aus, daß die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes rechtsunwirksam ist, wenn das Hauptgeschäft unklagbar ist. Demgegenüber betont die den Bankkreisen nahestehende Literatur, [220]) daß mit Annahme der A. G. B. seitens des Kunden zwischen diesem und der Bank ein selbständiger Schiedsvertrag geschlossen werde.

Man wird sich dem Standpunkte des R.G. anschließen müssen, daß diese Klausel lediglich die Bedeutung hat, Bestandteil der späteren diesbezüglichen Verträge zu werden. Sie teilt das Schicksal des Hauptgeschäftes, d. h. der Börsentermingeschäfte. Ihre Rechtsgültigkeit hängt dann von der Gültigkeit dieser Geschäfte ab. [221])

---

[217]) Riesser, Staub-K., siehe 214, Ehrenberg, B. 5,1 S. 513, Müller-Erzbach, a. a. O. S. 672, Nußbaum i. Leipz. Zeitschr. 1910/497 ff.

[218]) R. G. E. 42/125, R. G. i. B. A. 9/173, 7/331, Jur. Woch. 1905/50, Holdh. Mon. 13/107, Nußbaum, siehe 214, Müller-Erzb. s. 217.

[219]) Staub-Koenige, § 355 Anm. 24, R. G. E. 62/354, Jur. Woch. 1904/401.

[220]) Bernstein, a. a. O. S. 218, Regelsberger, a. a. O. S. 170, Nußbaum, a. a. O. S. 84 ff.

[221]) Staub-K., Anh. z. § 376 Anm. 84c, Zentralverb. Komm. S. 231, R. G. E. 58/155, 105/386, B. A. 9/157, 31/398.

§ 15.
III. Ergebnis der Abhandlung.

Wenn im Vorstehenden die A.G.B. der Banken in allen ihren Rechtsbeziehungen analysiert und geprüft worden sind, so sollte das ein Versuch sein, der Notwendigkeit ihrer Existenz auch von der juristischen Betrachtungsweise her gerecht zu werden.

Es hat sich dabei herausgestellt, daß in den A.G.B., wie sie heute von den Banken ihren Geschäften mit dem Publikum zu Grunde gelegt zu werden pflegen, tatsächlich keine juristisch unzulässigen Bestimmungen enthalten sind.

Verständlich ist es, wenn die Allgemeinheit bei nur flüchtiger Betrachtung sich durch die große Zahl der die gesetzlichen Vorschriften abändernden bezw. einschränkenden Sonderabreden benachteiligt fühlt. Schließlich enthalten die A.G.B. auch zu einem großen Teil Sicherheitsmaßnahmen und Risikoabwälzungen, die den Eindruck erwecken könnten, daß der Kunde nahezu schutzlos der Willkür der Banken ausgeliefert sei. Es ist dann natürlich naheliegend, von Diktat und Ausnutzung der wirtschaftlichen Machtstellung der Banken zu sprechen.

Demgegenüber muß man aber doch beachten, aus welcher Notwendigkeit diese Bestimmungen erwachsen und wie sie historisch zusammengekommen sind.

Es ergab sich infolge des riesigen Aufschwunges im Wirtschaftsverkehr für die Banken geradezu der Zwang, sich ein autonomes Recht zu schaffen.

Wenn dabei ihre Interessen gegenüber denen ihrer Kundschaft etwas mehr gewürdigt wurden, so mag man dazu doch in Betracht ziehen, daß gerade die Banken aus ihrer volkswirtschaftlichen Aufgabe heraus dafür Sorge tragen müssen, ihre Liquidität nicht durch allzu große Risiken zu gefährden.

Aus dem Verkehrsbedürfnis haben sich die allgemeinen Geschäftsbedingungen, ständig den Forderungen des Wirtschaftslebens und der Rechtsprechung angepaßt, entwickelt; darin liegt auch ihre Berechtigung.

Lebenslauf.

Am 19. Dezember 1906 wurde ich in Naila in Oberfranken (Bayern) geboren. Nach Besuch des humanistischen Gymnasiums zu Blankenburg am Harz und des Domgymnasiums zu Halberstadt legte ich in Halberstadt Ostern 1926 die Reifeprüfung ab. Nach einem Studium in München (5 S.) Rostock (2 S.) und Würzburg (1 S.) bestand ich in München am 28. Februar 1930 die erste juristische Staatsprüfung. Während der Vorbereitungszeit am Amtsgericht Rostock, Amts- und Landgericht München verfertigte ich die vorliegende Arbeit.